



**FACULDADE DE DIREITO**  
Universidade de Lisboa

## **DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO CONSTITUCIONAL**

### **A TUTELA JUDICIAL DOS DIREITOS SOCIAIS: desafios e parâmetros na efetivação dos direitos sociais**

**ORIENTADOR: PROFESSOR DOUTOR JORGE REIS NOVAIS**  
**MESTRANDO: ANTONIO EDILBERTO OLIVEIRA LIMA**

Dissertação apresentada como parte das tarefas necessárias à obtenção do grau de mestre no Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Políticas – Especialidade Direito Constitucional, junto à Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa.

**Lisboa - Portugal**  
**Setembro de 2017**

“O temor do Senhor ensina a sabedoria,  
e a humildade antecede a honra”.  
(Provérbios 15.33 – NVI)

À Rejane,  
Bianca e Ana Beatriz.

## NOTA DE AGRADECIMENTO

Parece tão comum iniciar uma obra científica com o reconhecimento daqueles que colaboraram para o êxito do trabalho que, por vezes, pode parecer que o apoio de todos aqueles que ajudaram é algo simples e plenamente normal de ser recebido.

Talvez a oportunidade do desafio em cursar o programa de mestrado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa tenha me proporcionado um reconhecimento ainda mais profundo daqueles que efetivamente colaboraram durante a caminhada acadêmica, muito embora o apoio prestado possa ter sido em diversas áreas e circunstâncias da vida.

Assim, embora correndo o risco de omitir pessoas relevantes neste processo, externo minha gratidão, primeiro, a Deus, pelo privilégio da vida até aqui, pelas diversas oportunidades concedidas e pelas inúmeras fronteiras alargadas.

À minha mulher, Rejane, e nossas filhas, Bianca e Ana Beatriz, sou grato pelo amor, pela compreensão e pelo compromisso de vivermos família em toda e qualquer situação.

Claro, não poderia deixar de registrar minha gratidão aos meus pais e demais familiares, cuja ausência foi ainda mais sentida pelo tempo e a distância que o trabalho exigiu fora do Brasil.

Ao meu orientador, Professor Doutor Jorge Reis Novais, pelo apoio desde o início do curso, sendo sensível com as demandas específicas no decorrer do trabalho, colaborando fortemente para uma caminhada firme na busca pelo conhecimento científico.

Minha gratidão, também, aos professores e colaboradores da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, os quais, de forma comprometida e humilde, honram o compromisso de oferecerem um ensino de alta qualidade.

Por fim, também externo meu agradecimento ao Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, pela sensibilidade de sua direção em reconhecer a importância e o engrandecimento da Instituição a partir de capacitação de seus membros.

## RESUMO

A análise das normas de direitos fundamentais tem despertado profundo interesse da comunidade jurídica nas últimas décadas. Um dos problemas mais sensíveis nesta área tem sido a real compreensão da natureza e aplicação das normas de direitos sociais, em especial pela crescente busca de concretização destas normas pela via judicial. Assim, conhecer mais profundamente o caráter e a força normativa destas normas é fundamental para compreender sua respectiva efetivação. Ademais, em razão da crescente expectativa da sociedade na busca pela oferta de direitos sociais pelo Estado, é necessário firmar um entendimento acerca da legitimidade da tutela judicial na concretização destas normas, buscando-se objetivar uma metodologia capaz de proporcionar parâmetros para a atuação judicial. O trabalho, portanto, na sua primeira parte, busca oferecer uma compreensão geral sobre a origem, positivação e natureza dos direitos sociais, em especial sua relação com os princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade. Para além disto, é necessário que o estudo da concretização destas normas leve em consideração as questões financeiras afetas ao orçamento estatal. Na segunda parte, o trabalho é desenvolvido com o propósito de analisar a atuação da tutela judicial na efetivação dos direitos sociais. Para esta abordagem, além das questões de controle de constitucionalidade no Estado de Direito Democrático, parte-se para uma análise dos conflitos normativos, identificando-se a ponderação como método de abordagem das colisões. Ao final, identifica-se o princípio da proporcionalidade como a via capaz de firmar parâmetros para o exercício da tutela judicial, atividade esta que é desenvolvida com o auxílio dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proteção confiança.

**Palavras-chave:** Direitos sociais. Tutela judicial. Ponderação. Princípio da proporcionalidade.

## ABSTRACT

The analysis of fundamental rights has stimulated deep interest within the legal community in recent decades. One of the most important problems in this area has been the real understanding of the nature and application of social rights norms, in particular through the increasing demand for the enforcement of these norms by judicial means. Thus, knowing more deeply the character and normative force of these norms is fundamental to understand their respective effectiveness. Furthermore, due to the growing expectation of society in the search for the offer of social rights by the State, it is necessary to establish an understanding of the legitimacy of judicial protection in the implementation of these norms, seeking to identify a methodology capable of providing standards for judicial action. This study, therefore, in its first part, seeks to offer a wide understanding about the history, affirmation and nature of social rights, in particular its relation with the principles of human dignity and equality. In addition, it is necessary that the study of the implementation of these rules takes into account the financial issues related to the state budget. In the second part, the study is developed with the purpose of analyzing judicial protection in the establishment of social rights. For this approach, besides the issues of constitutionality control in the State of Democratic Right, there is a need for the analysis of normative conflicts, identifying weighting as method to tackle collisions. Finally, the principle of proportionality is identified as a means capable of establishing parameters for the exercise of judicial protection, an activity that is developed with the aid of the principles of human dignity, equality and protection of trust.

**Keywords:** Social rights. Judicial protection. Weighting. Principle of proportionality.

# SUMÁRIO

<b>Introdução.....</b>	<b>12</b>
------------------------	-----------

## TÍTULO I

### COMPREENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

#### CAPÍTULO I – ASPECTOS HISTÓRICOS – EVOLUÇÃO DO ESTADO

1. Evolução do Estado na perspectiva dos direitos sociais.....	23
2. O Estado Absolutista e os anseios sociais.....	25
3. O Estado Liberal e a insatisfação com os alvos conquistados.....	27
4. A passagem para o Estado Social: evolução ou seguimento natural?.....	32
5. Estado Social de Direito Democrático como protetor dos direitos fundamentais.....	37

#### CAPÍTULO II – A NATUREZA DOS DIREITOS SOCIAIS

1. Afinal, o que são direitos fundamentais?.....	40
2. Direitos sociais como direitos fundamentais.....	43
3. Direitos sociais como concretização da dignidade da pessoa humana.....	47
3.1. O avanço da compreensão da dignidade da pessoa humana no século XIX e os reflexos na atuação do Estado.....	49
3.2. Dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade fática.....	51

3.2.1.	Igualdade como necessidade do indivíduo.....	53
3.2.2.	Igualdade formal e igualdade fática.....	55
3.3.	Dignidade como fundamento da evolução da condição humana.....	56
4.	Relação entre direitos sociais e direitos de liberdade.....	58
5.	Classificação dos direitos como negativos e positivos.....	61

### **CAPÍTULO III – APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS**

1.	Efetividade dos direitos sociais.....	64
2.	A positivação dos direitos sociais.....	66
3.	Aplicabilidade das normas de direitos sociais.....	68
4.	Direitos sociais como normas programáticas: solução ou problema?.....	70
5.	Direitos sociais como direitos subjetivos.....	78
5.1.	Direitos subjetivos definitivos.....	79
5.2.	Direitos sociais como direitos subjetivos <i>prima facie</i> .....	82
6.	Dos custos dos direitos fundamentais.....	85

### **CAPÍTULO IV – A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB A RESERVA DO POSSÍVEL**

1.	Os limites orçamentários do Estado.....	93
2.	Origem da cláusula da reversa do possível.....	95
3.	Os requisitos estruturantes da reserva do possível.....	97
3.1.	Razoabilidade da pretensão.....	97



3.2. As questões orçamentárias como justificativa da reserva do possível.....	103
3.3. As decisões de alocação de recursos e a reserva do politicamente adequado.....	107
4. Breves anotações sobre a indistinta sujeição dos direitos fundamentais à reserva do possível.....	110

## **TÍTULO II**

### **A APRECIÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS**

#### **CAPÍTULO I – A APRECIÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS**

1. Tutela judicial e o princípio da separação dos poderes.....	114
2. Legitimidade contramajoritária e a defesa dos direitos fundamentais.....	121
3. A efetivação dos direitos sociais e a inafastabilidade da tutela judicial em Estado de Direito Democrático.....	125

#### **CAPÍTULO II - PONDERAÇÃO DO “REAL” CONFLITO NORMATIVO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

1. Conflito de normas constitucionais: uma realidade inevitável!.....	134
2. Identificação do real conflito normativo na aplicação da norma de direito social.....	139
3. Indispensabilidade do recurso à ponderação.....	147
4. Qual o conteúdo mínimo da norma de direito social?.....	152

## **CAPÍTULO III – PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS NO CONTROLE DA EFETIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS**

1. Constituição com princípios: o conflito e a solução!.....	156
2. Princípio da dignidade da pessoa humana e o desafio do núcleo essencial ou do mínimo existencial.....	159
3. Princípio da isonomia: os direitos sociais em favor de todos!.....	166
4. Princípio da proteção da confiança.....	174
4.1. As expectativas constitucionais e a conformação do princípio da proteção da confiança.....	175
4.2. O princípio da proteção da confiança e as restrições dos direitos sociais.....	178
4.3. A (in) consistência do “princípio” do não retrocesso social.....	180

## **CAPÍTULO IV - PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PARÂMETRO NA TUTELA JUDICIAL DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS**

1. O princípio da proporcionalidade: concepção e alcance na apreciação judicial dos direitos sociais.....	188
2. Princípio da proporcionalidade e ponderação.....	193
3. Os subprincípios da proporcionalidade na orientação da tutela judicial dos direitos sociais.....	198
3.1. A adequação como critério de aferição de aptidão do direito social reclamado.....	200
3.2. A necessidade como instrumento de verificação da indispensabilidade do bem social reivindicado.....	202
3.3. A proporcionalidade propriamente dita e a justiça na medida certa.....	206

<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>213</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>216</b>

## 1. Introdução

*“A Justiça é a primeira virtude das instituições sociais, como a verdade o é dos sistemas de pensamento. Embora elegante e econômica, uma teoria deve ser rejeitada ou revisada se não é verdadeira; da mesma forma leis e instituições, por mais eficientes e bem organizadas que sejam, devem ser reformadas ou abolidas se são injustas”.* - JOHN RAWLS<sup>1</sup>

O estudo sobre os direitos sociais demonstra que sua importância para existência humana ocupa um lugar de destaque na relação entre o indivíduo e o Estado. Saber o que significam, qual sua natureza, seu alcance, suas implicações e, sobretudo, como se efetivam, tem exigido profundo estudo nas últimas décadas, especialmente pelas modificações na concepção de Estado, o que não deixa de ser resultado de uma aspiração e reivindicação da própria sociedade.

De fato, sabendo-se que os direitos sociais não estão - nem poderiam está- isolados na imensidão do Direito, pensar sobre a necessidade de sua normatização e os efeitos que esta positivação produz exige um olhar para um ponto mais distante, o qual, em princípio, volta-se para o passado, de onde se deve compreender as razões e circunstâncias que alicerçaram a formação e idealização de algo até então distante da realidade das pessoas, mas que foi entendido como indispensável para a vida humana em sociedade.

O caminho a ser trilhado, ainda no passado, é fundamental para a compreensão da origem e natureza do instituto. Saber em que medida os direitos sociais se diferenciam ou se complementam com os demais direitos reivindicados e alcançados em momento anterior, mais conhecidos como direitos de liberdade, é matéria que exigirá uma visita à evolução

---

<sup>1</sup> Cf. JOHN RAWLS, *Uma Teoria da Justiça*: tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves, 1ª. ed., 2ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2000, pp. 03/04.

do Estado, tendo como ponto de partida o modelo absolutista do século XVIII<sup>2</sup>.

Esta abordagem na evolução do Estado, passando-se pelo Estado Liberal até o denominado Estado Social de Direito Democrático, será fundamental para compreender o contexto, as necessidades e a forma como a sociedade foi paulatinamente agregando valores e direitos indispensáveis à existência digna das pessoas, conceito este que passava a fazer parte do ideal de vida social almejado a partir do século XIX<sup>3</sup>.

Também é de se destacar, como não poderia deixar de ser, a passagem do Estado Liberal para o Estado Social de Direito Democrático. As conquistas sociais já incorporadas nos primórdios do Estado de Direito eram necessárias, mas não suficientes, exigindo-se que a concepção de Estado avançasse e, com ela, a relação entre Estado e indivíduo fosse estabelecida e desenvolvida com outros patamares, em especial pela nova postura do Estado frente às necessidades da pessoa humana<sup>4</sup>.

É bem verdade que esta evolução não foi simples, tampouco romântica do ponto de vista das dificuldades enfrentadas para as devidas mudanças. Contudo, o importante é compreender as razões que conduziram este processo evolutivo, em especial as alterações normativas que, a cada novo momento, passavam a fazer parte da vida das pessoas, sendo

---

2 Embora, como ressalta Canotilho, haja divergências quanto à “sucessão linear dos modelos de Estado”, será adotada neste trabalho a metologia que aborda a evolução do Estado no modelo constitucional moderno, com suas características mais marcantes, buscando-se, sempre, uma aproximação jurídico-política que acompanhe a posição do Estado frente aos direitos fundamentais. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, 7ª ed., 17 reimp, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 90/91.

3 Como relata Jorge Miranda, a dignidade da pessoa humana, apesar de ter suas raízes em momento anterior da história, somente fora explicitada por Kant após o surgimento das primeiras Constituições modernas do século XVIII, desenvolvendo, a partir de então, um largo e profundo percurso de concretização de direitos fundamentais. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, 6ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2015, pp. 78.

4 Assim como diversos institutos presentes nas relações humanas, os direitos fundamentais também são essencialmente fruto de uma evolução histórica, sujeitos a uma maturação, o que, portanto, permite e se desenvolve no decorrer das épocas. Embora os direitos fundamentais sejam uma realidade iniciada em finais do século XVIII, desenvolvendo-se no século XIX e, sobretudo, no século XX, pode-se afirmar que o reconhecimento do indivíduo como pessoa caracterizou-se como a mais importante alteração de pensamento, permitindo o desenvolvimento de uma teoria fundada nos direitos do homem, como pessoa. Acerca da evolução dos direitos fundamentais, cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, 10ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 153. Acerca das mudanças sociais que marcaram a evolução do Estado, destaca Susana Videira que se por um lado o século XVIII foi marcado por uma aceitação natural da “distinção entre ricos e pobres”, o século XIX, por outro lado, despertou para a “questão social”, recusando-se a pobreza como “inerente à condução de (certos) homens”. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX: Contributo para a História dos Direitos Sociais*, Lisboa, AAFDL, 2016, pp. 52/53.

relevante, portanto, sua análise jurídica<sup>5</sup>.

Neste ponto, observa-se que as alterações nas regras do sufrágio, cuja universalidade foi paulatinamente conquistada, não foram apenas uma coincidência temporal com o avanço do Estado. Este, em verdade, especialmente na forma como hoje se concebe, é resultado da participação mais ampla e indistinta dos diversos atores sociais, possibilitando que o foco da atenção, agora, passe a ser a pessoa e não o Estado.

De qualquer forma, ainda que positivados nos mais variados ordenamentos, a compreensão dos direitos sociais tem sido alvo de fortes críticas e embates, podendo-se destacar que as maiores divergências residem nas questões atinentes à natureza e concretização das respectivas normas. Por tais razões, é necessário conhecer e analisar as diversas posições, sobretudo as de maior destaque no momento atual, a fim de que se alcance uma conclusão racional e equilibrada quanto à real identidade dos direitos sociais, porquanto o alcance deste estágio permitirá avançar para o enquadramento da matéria à luz da apreciação judicial.

Este também não é um assunto simples, tampouco isento de debates acadêmicos. Não bastasse a já intrincada discussão na seara do Direito Constitucional quanto aos direitos sociais, já tão complexa e merecedora de atenção exclusiva de um vasto número de estudiosos, a possibilidade de estes direitos serem alvo de apreciação judicial, notadamente quanto à sua efetivação através de demandas individuais, apenas aumenta a celeuma sobre o tema, tornando muitas vezes excessivamente nebulosas as perspectivas e opiniões que se formam quanto à matéria.

Frente a estes questionamentos, torna-se inevitável apreciar a legitimidade do Poder Judiciário para conhecer os conflitos decorrentes da aplicação das normas constitucionais. Para tanto, também neste ponto, o estudo exigirá uma breve investigação acerca da doutrina da separação de poderes, ancorando-se no célebre julgado da Suprema

---

5 Acerca da relevância da análise histórica dos fenômenos jurídicos, Antônio Pedro Barbas Homem afirma que “o pensamento jurídico não pode afastar-se da direcção metodológica de procurar a historicidade da relação entre direito e a realidade social, sob pena de a história do pensamento jurídico se tornar uma história da literatura jurídica”. Cf. ANTÔNIO PEDRO BARBAS HOMEM, “História do Pensamento Jurídico: Considerações Metodológicas”, in *História do Pensamento Jurídico em Perspectiva* / Cláudio Brandão, Nelson Saldanha, Ricardo Freitas, coordenadores, pp. 18/55, São Paulo, Atlas, 2012, p. 34.

Corte dos Estados Unidos, de 1803<sup>6</sup>, o ponto de partida no delicado tema da legitimidade da *judicial review* na apreciação dos atos normativos frente à Constituição.

Da mesma forma que o ponto anterior, a unanimidade não é garantia de resultado, revelando-se, talvez por isso, a importância do tema e os desafios encontrados durante os anos para superar questões tão intrincadas. De fato, seguindo-se a história do constitucionalismo, observa-se que o firmamento ou fragilidade do controle de constitucionalidade das normas também tem sido alvo de grandes debates desde o início do século XIX, destacando-se, mais recentemente, as posições firmadas por Carl Schmitt e Hans Kelsen em meados do século XX<sup>7</sup>.

Àquela altura, a compreensão do valor e importância da Constituição variava nos mais diversos ordenamentos, fruto, em grande parte, de uma visão política diversa quanto aos atores das funções estatais. Contudo, ainda assim, passou-se a compreender,

---

6 Adota-se, neste trabalho, o célebre julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, julgado pela Suprema Corte americana, como termo inicial no controle de constitucionalidade. A decisão data de 1803, sendo reconhecida como aquela que inaugurou a possibilidade de o Judiciário afastar a aplicação de uma Lei regularmente aprovada pelas instâncias políticas competentes, sob o argumento de desconformidade com o Texto Constitucional. Registre-se, contudo, como lembra Mário Cappelletti, que o modelo de controle de validade entre uma norma inferior e uma superior pode ser encontrado em Atenas, ainda na antiguidade clássica, através dos *nómoi* e dos *pséfisma*, sendo os primeiros os atos que poderiam ser qualificados como leis (superiores) e os segundos os decretos (inferiores), acrescentando, ainda, a limitação do parlamento inglês no século XVII, quando estaria limitado pelo direito natural. Cf. MAURO CAPPELLETTI, *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direitos comparado*, Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Fabris, 1984, pp. 50/53. Da mesma forma, lembra Luís Roberto Barroso que a argumentação apresentada por Marshall foi primorosa, muito embora não tenha sido “pioneira nem original”. Para Barroso, havia precedentes que remontavam à antiguidade, além de casos julgados no próprio Estados Unidos com base no direito Inglês. Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*, 7ª ed. rev. e atual., São Paulo, Saraiva, 2016, pp. 27 e ss. Ainda sobre o julgamento do caso *Marbury vs. Madison*, em especial os seus antecedentes históricos no cenário americano, cf. ADHEMAR FERREIRA MACIEL, *O bill of rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro*, Belo Horizonte, Del Rey, 2016, pp. 67 e ss.

7 Apesar de o constitucionalismo escrito, historicamente, firmar raízes no final século XVIII, com as revoluções americana e francesa, destaca Maria Lúcia do Amaral que a “garantia constitucional” das normas não seguiu o mesmo percurso temporal nos dois continentes. Enquanto a autora aponta para o “*argumentarium*” da legitimidade da justiça constitucional americana fixado pela própria Suprema Corte na decisão do caso *Marbury vs. Madison*, em 1803, na Europa o “*argumentarium*” apto a justificar a existência do Tribunal Constitucional tinha “origem científica”, sendo sustentado no pensamento de Hans Kelsen, em 1928. Ainda sobre as diversas propostas lançadas no Instituto Internacional de Direito Público naquele ano, Maria Lúcia do Amaral destaca, também, a posição de Léon Duguit, para quem a Europa deveria adotar o sistema de controle já desenvolvido nos Estados Unidos, bem como o pensamento de Carl Schmitt, o qual sustentava que a defesa da Constituição seria afeta ao Chefe do Estado, portanto, um controle não jurisdicional. Já Carré de Malberg apresentava-se contrário a qualquer forma de controle dos atos do Parlamento. Cf. MARIA LÚCIA DO AMARAL, “Acesso de particulares à jurisdição constitucional”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, pp. 699/723, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 703/705 e 709/710.

especialmente em solo europeu, que a Constituição era digna de obediência, exigindo-se uma adequação do sistema para que, de fato, houvesse um controle na observância da norma constitucional<sup>8</sup>.

Ainda que o debate sobre a competência e legitimidade dos órgãos responsáveis pela fiscalização de constitucionalidade tenha se protraído no tempo, revelando-se ainda presente nos dias atuais, o certo é que o funcionamento dos modelos de fiscalização de constitucionalidade tem se desenvolvido a cada dia, solidificando-se no meio social, ainda, repita-se, que a matéria também não desfrute de uma atuação pacífica.

Inobstante isto, focando-se na análise da tutela judicial dos direitos fundamentais na concepção do princípio da separação de poderes, adentrar-se-á no debate que estabelece a relação direta entre os assuntos, nomeadamente a atuação da Justiça Constitucional na sindicabilidade dos direitos sociais. Afinal, seria juridicamente aceitável a tutela judicial das normas de direitos sociais? Como compatibilizar as limitações orçamentárias do Estado e a apreciação judicial dos direitos sociais? Quais os limites, critérios e parâmetros eventualmente existentes na atuação da *judicial review* que precisam ser enfrentados e alinhados no exercício do controle de constitucionalidade das normas de direitos sociais?

Seguramente, este novo momento do Direito Constitucional também está repleto de desafios. Assim como tem ocorrido no decorrer da história, especialmente no tocante ao valor e natureza da norma constitucional, os avanços dogmáticos, normativos e sociais tem exigido uma compreensão adequada das questões fundamentais, a fim de que a solidificação do constitucionalismo projete-se cada vez mais como fenômeno indispensável para a proteção da existência digna da pessoa humana<sup>9</sup>.

---

8 Cumpre notar que apesar de as Constituições modernas também terem sido inauguradas em vários países europeus após as revoluções liberais dos finais do século XVIII, é necessário levar em consideração que até a primeira metade do século XX estes documentos legais tinham apenas valor simbólico nestes países, já que, embora dispusessem sobre a organização do Estado, careciam de um controle de sua força normativa suprema. Somente a partir de então é que as Constituições passaram a ter valor normativo pleno, passando seus preceitos a serem respeitados. Para maior aprofundamento acerca do constitucionalismo e evolução dos modelos de fiscalização de constitucionalidade, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 183 e ss.

9 Como assinala Luís Roberto Barroso, o papel da Constituição foi sendo aperfeiçoado no curso de sua breve história. Saindo de um constitucionalismo liberal, onde o foco residia na organização do Estado e na proteção limitada de direitos de liberdade, a Constituição passou a receber mandamentos claros com relação aos deveres do Estado no plano econômico e social, com vistas, sobretudo, a uma igualdade material. Cf. LUÍS



Para tanto, é necessário, diante de tantas celeumas e posições, encontrar parâmetros seguros na atividade da Justiça Constitucional na apreciação das normas de direitos sociais, possibilitando uma atuação harmônica entre os poderes do Estado, a fim de que, mediante o respeito e obediência à Constituição por parte do Estado, seja alcançada uma relação de segurança do indivíduo para com o Poder Público.

Assim, ainda que as questões não possam ser resolvidas mediante aplicação de fórmulas matemáticas, o que seria de todo impossível no campo do Direito, a fixação de parâmetros na sindicabilidade dos direitos sociais oferece recursos de avaliação uniforme para o enfrentamento do caso, permitindo que toda e qualquer situação, ainda que passível de alcançar diferentes resultados, possa ser analisada seguindo-se uma mesma metodologia, baseada em princípios extraídos da própria Constituição.

Não se trata, portanto, de se afastar da construção hermenêutica construída cientificamente no decorrer dos anos. Ao contrário, busca-se, com esta perspectiva, identificar recursos consistentes que agreguem à metodologia já conhecida elementos fundamentais para a apreciação adequada, coerente e constitucional dos direitos mais indispensáveis do ser humano, atividade esta orientada pelo princípio da dignidade da pessoa humana<sup>10</sup>.

Em face, portanto, do caminho a ser trilhado, o presente trabalho será dividido em duas partes, as quais, por razões metodológicas, serão subdivididas nas diversas temáticas que lhe são afetas. De qualquer sorte, não sendo possível a análise dos mais diversos cenários normativos, o trabalho levará em consideração, sobretudo, o contexto brasileiro, nomeadamente a partir da Constituição de 1988, buscando pontuar algumas decisões do Supremo Tribunal Federal e o posicionamento da doutrina constitucional.

---

ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, 5ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p. 109.

10 Como afirma Jorge Reis Novais, a dignidade da pessoa humana é o princípio fundante e basilar dos direitos fundamentais. É em razão deste valor, a partir da concepção *kantiana* de dignidade, que se pode delimitar o espaço de autonomia e liberdade de cada indivíduo, sobre o qual não pode o Estado dispor. Além do mais, esta mesma dignidade, ao transformar o indivíduo como o próprio fim do Estado, alterando profundamente o conceito até então compreendido, impõe ao Estado deveres de preservação e elevação da condição humana. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., pp. 44/45.

Para maior compreensão do tema e, também, pela oportunidade de realizar e apresentar o trabalho perante a prestigiosa Universidade de Lisboa, buscar-se-á no cenário português, em especial na vasta doutrina lusitana, maiores elementos para a investigação dos profundos desafios concernentes à compreensão e aplicação dos direitos sociais.

Por fim, para além da menção esporádica a um ou outro Ordenamento Jurídico que se apresente revelante no curso do trabalho, serão abordadas algumas decisões do Tribunal Constitucional Federal da Alemanha, além de alguma doutrina daquele país<sup>11</sup>, haja vista sua forte influência no mundo jurídico ocidental, sobretudo na seara constitucional.

Feitos estes esclarecimentos, será a primeira parte do trabalho voltada para o estudo geral dos direitos sociais, buscando-se compreender sua evolução e natureza no decorrer da história, atividade esta que deverá retroagir ao surgimento no Estado moderno. Entender as razões de sua positivação e sua relação com o princípio da dignidade da pessoa humana constitui tarefa indispensável para alcançar uma posição segura no tocante à natureza jusfundamental destes direitos.

Afinal, seriam os direitos sociais detentores de natureza jusfundamental? Estariam os direitos sociais em posição de privilégio no mesmo patamar dos direitos de liberdade? Como equacionar a força normativa dos direitos sociais e as limitações orçamentárias do Estado? Estas questões, indubitavelmente, exigem respostas seguras e coerentes com o modelo de Estado atual, o que em muito é influenciado pelo valor maior do princípio da dignidade da pessoa humana.

De fato, o estudo dos direitos fundamentais precisa ser encarado de forma aprofundada, analisando sua origem e repercussão, a fim de que se alcance uma compreensão razoável dos direitos sociais. Formas de atuação e os respectivos custos dos direitos são inevitavelmente dilemas na análise da problemática, especialmente num cenário de limitações orçamentárias, as quais afetam diretamente as atividades do Estado.

---

11 Acerca da influência da Constituição alemã de 1949 na Constituição portuguesa, em especial na matéria de direitos fundamentais, cf. FAUSTO DE QUADROS, “A influência da Lei Fundamental de Bona na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. II, pp. 587/603, Coimbra, Coimbra editora, 2012, pp. 591 e ss.

No mundo em que as necessidades dos indivíduos crescem a passos largos - o que nem sempre é seguido com a mesma intensidade pelo orçamento público, não há como fugir do enfrentamento das questões financeiras na concretização dos direitos sociais. Neste ponto, conhecer a real influência da reserva do possível como limitador das ações estatais é fundamental para uma doutrina que almeja alcançar critérios sólidos na efetivação dos direitos. Afinal, como conciliar a noção de direitos fundamentais com a impossibilidade fática de promoção dos direitos?

Conhecidas as diversas nuances dos direitos sociais, será momento para o desafio seguinte, o que por certo não perde em relevância e complexidade científica. A segunda parte será dedicada ao estudo efetivo da tutela judicial na apreciação dos conflitos normativos desencadeados pela (in) concretização das normas de direitos sociais. Questões ligadas à separação de poderes, ao princípio democrático, ao conflito normativo, à ponderação e aos princípios constitucionais serão necessariamente investigados, buscando-se, assim, entender até que ponto e em que medida a tutela judicial pode atuar na efetivação dos direitos sociais.

Este é sempre um tema desafiador, sobretudo quando abordado na perspectiva de apreciação judicial dos direitos sociais. O dilema a ser ultrapassado neste ponto diz respeito à legitimidade do Juiz em apreciar a ação ou omissão estatal na concretização dos direitos sociais. É certo que este ponto traduz-se como um dos mais debatidos no meio científico, político e jurídico, já que a evolução do conceito de Constituição normativa entregou à sociedade um Texto Legal supremo dotado de força extraordinária, cujas normas, sobretudo as fundamentais, precisam ser respeitadas pelo Estado<sup>12</sup>.

---

12 Apesar da história secular do constitucionalismo escrito, podendo-se, ainda, fixar na Constituição americana a primeira experiência no tocante ao reconhecimento da força normativa do Texto Constitucional, somente na segunda metade do século XX é que o constitucionalismo europeu acatou o entendimento das normas constitucionais como verdadeiras normas jurídicas. Esta mudança, segundo Luís Roberto Barroso, tornou-se “uma verdadeira revolução silenciosa”, sendo possível graças “à disseminação da jurisdição constitucional”. Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, op. cit., p. 110. Acerca da força normativa da Constituição, cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 14. Ainda sobre a “força normativa da Constituição” e capacidade de “impor tarefas”, cf. KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*, Trad. Gilmar Ferreira Mendes, Sérgio Antonio Fabri Editor, Porto Alegre, 1991, p. 19. Por fim, reconhecendo a Constituição como a “salvaguarda da liberdade e dos direitos”, Jorge Miranda destaca que a reorientação do Estado levou a Constituição a figurar como “a primeira garantia dos direitos individuais”. Cf. JORGE MIRANDA, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1968, p. 33.

De qualquer forma, a investigação científica tem como dever ultrapassar as barreiras do comodismo, buscando respostas para os novos desafios que surgem à medida que as relações sociais lançam dúvidas e impasses na regulamentação dos diversos dilemas humanos.

Na tentativa, portanto, de trilhar um caminho seguro na apreciação judicial dos direitos sociais, o trabalho se voltará para a identificação de parâmetros que permitam uma uniformização na apreciação do tema, sobretudo na sindicabilidade judicial dos direitos sociais. Refletir sobre os princípios constitucionais que devem ser sopesados na apreciação dos direitos sociais permitirá alcançar bases sólidas capazes de fundamentar de forma científica, estruturada e uniforme o exercício da tutela judicial na defesa dos direitos fundamentais.

De fato, apesar de toda a evolução e metodologia alcançada pela clássica hermenêutica jurídica, por vezes o conflito de normas de direitos fundamentais deixa o intérprete ainda sem um porto seguro. Por esta razão, tratar adequadamente os conflitos entre princípios constitucionais tem desafiado a ciência do Direito a avançar na abordagem do assunto, sendo o sopesamento de princípios uma realidade cada vez mais exigida do intérprete, até porque, como reconhece Jorge Reis Novais, a ponderação é o melhor recurso para a adequada abordagem dos conflitos envolvendo direitos fundamentais<sup>13</sup>.

Desta forma, a parte final da investigação será dedicada à identificação de uma metodologia adequada para o sopesamento das normas de direitos sociais. Para tanto, reconhecendo as deficiências e fragilidades dos métodos geralmente aplicados, sobretudo para a apreciação judicial dos direitos sociais, será apresentada uma tentativa de equacionar as diversas forças normativas, a fim de que o intérprete disponha de critérios e parâmetros conhecidos.

Não restam dúvidas de que o tema é desafiador e alvo de fortes incertezas, mas é a fascinação pela tentativa de se alcançar uma alternativa razoável para solução dos problemas que alimenta a investigação científica, não podendo ser diverso neste campo do Direito, cuja repercussão na vida das pessoas tem significativa importância. Afinal, é através

---

13 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 639 e ss.

do respeito e proteção dos direitos fundamentais que a sociedade e o Estado buscam conferir um melhoramento na condição humana.

**TÍTULO I**

**COMPREENSÃO DOS DIREITOS SOCIAIS**

## CAPÍTULO I

### ASPECTOS HISTÓRICOS – EVOLUÇÃO DO ESTADO

*“Cada revolução daquelas intentou ou intenta tornar efetiva uma forma de Estado. Primeiro, o Estado liberal; a seguir, o Estado socialista; depois o Estado social das Constituições programáticas, assim batizadas ou caracterizadas pelo teor abstrato e bem-intencionado de suas declarações de direitos; e, de último, o Estado social dos direitos fundamentais, este sim, por inteiro capacitado da juridicidade e da concreção dos preceitos e regras que garantem estes direitos”. - PAULO BONAVIDES<sup>14</sup>*

#### 1 – Evolução do Estado na perspectiva dos direitos sociais

Falar sobre direitos sociais, ainda que na perspectiva da proteção do indivíduo, torna sempre inevitável a análise do tema sob sua relação com o Estado, haja vista que a evolução da sociedade tem projetado no Estado o grande garantidor das necessidades do ser humano<sup>15</sup>. De qualquer sorte, o certo é que nem sempre foi assim.

---

14 Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, 11ª ed., 2ª Tiragem, São Paulo, Malheiros, 2013, p. 29.

15 Esta compreensão de atribuir como fim do Estado a valorização do indivíduo como pessoa adveio com o firmamento do valor da dignidade da pessoa humana como princípio, o que foi decisivo na evolução do Estado, na medida em que as necessidades do cidadão, em direta relação com os deveres do Estado, passaram a ser reconhecidas como indispensáveis para existência humana digna. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*, T. 2, 2º v, 1ª ed., Coimbra, Coimbra editora, 2014, p. 468. Retroagindo às bases do liberalismo, na perspectiva precursora do Estado Social, Susana Videira destaca o pensamento de Thomas Paine na defesa da “intervenção redistribuidora do Estado”, sensível ao “desenvolvimento individual em articulação com o progresso societário”. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, in *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., p. 282.

Ainda que não se volte ao infinito para tentar compreender os direitos sociais nas civilizações antigas<sup>16</sup>, o que por certo revelaria interesse, embora nobre, apenas para conhecimento das ciências históricas, observa-se que o final da Idade Moderna, já no século XVIII, foi o grande marco na mudança de pensamento das relações sociais. A partir de então, traçou-se um novo paralelo na conjuntura política, haja vista o surgimento da figura estatal, ainda que numa perspectiva e forma de atuação bastante diversas do modelo que atualmente se concebe<sup>17</sup>.

Ainda durante a Idade Média, com seus devaneios e obscurantismos, não havia a figura estatal nos moldes de “Estado Nação” moderno. Nesta perspectiva, lembra Carlos Blanco de Moraes que o “Estado Estamental” era uma realidade estadual imperfeita, já que o poder do soberano era limitado pelas ordens sociais, além do que as relações de vassalagem entre reinos tornavam incertas tanto a identidade do povo, quanto os limites fronteiriços do território<sup>18</sup>.

Não bastassem estas circunstâncias limitadoras da formação plena do Estado, questões relacionadas à autoridade do soberano também influíam numa realidade de desordem e desconfiança, já que a origem divina da legitimidade do monarca era constantemente desafiada por divergências políticas com o poder religioso, causando rompimentos, guerras civis, deposição do monarca e, até mesmo, excomunhão perante a Igreja<sup>19</sup>.

---

16 Em verdade, a ideia de direitos individuais, mesmo que como gênero, não é cabível nas sociedades antigas, já que, como advertiu Benjamin Constant, os antigos não tinham nenhuma noção do que seriam direitos individuais. Embora em sua obra clássica Constant tenha feito um paralelo entre a liberdade dos antigos e a dos modernos, apontando o indivíduo nas civilizações antigas como “soberano nos negócios públicos”, o exercício desta liberdade era muito mais um dever do que propriamente um direito, além do que a noção de liberdade privada naquele contexto era totalmente inexistente, sendo o indivíduo, na visão do autor, “*um escravo nas relações privadas*”. Àquela altura, a liberdade política, a ser exercida pelo indivíduo, longe de ser uma valorização da pessoa, tratava-se de um mecanismo de fortalecimento do próprio “Estado”, através da unidade do povo. Cf. BENJAMIN CONSTANT, *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*; organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia, (Coleção clássicos do direito; v. 3), São Paulo, Atlas, 2015, pp. 78/80. Ainda sobre as diferenças entre o Estado antigo e o Estado de Direito como hoje é concebido, Jorge Reis Novais, citando Jellinek, afirma que na antiguidade o homem nunca foi reconhecido individualmente como pessoa. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 33.

17 De fato, o Estado Absoluto é tido como o “anti-modelo”, contra o qual se formou a estrutura teórica e prática do Estado de Direito. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 36.

18 Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 71.

19 Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 72.



De fato, diante desta indefinição dos elementos que caracterizam o Estado atualmente concebido, especialmente pela ausência de limitação de natureza jurídica em face do “Príncipe”, bem como pelo não reconhecimento de direitos fundamentais do homem, seria frágil sustentar a existência de um Estado de Direito àquela altura, reconhecendo,-se, como ressalta Jorge Reis Novais, apenas a figura de um “Estado de Justiça”<sup>20</sup>.

## 2. O Estado Absolutista e os anseios sociais

Traduzindo-se, talvez, como a forma mais rudimentar de Estado da era moderna, o Estado Absolutista<sup>21</sup> caracterizava-se pelo poder centralizador e ilimitado, exercido, em regra, pelo Monarca, inexistindo qualquer forma de controle ou mandamento que conferisse ao indivíduo medidas de atuação do Estado em seu favor<sup>22</sup>.

No Estado Absolutista, tipicamente europeu<sup>23</sup>, o indivíduo vivia em função do Estado, não lhe sendo conferido, portanto, direitos. A relação entre indivíduo e Estado não estava submetida a regras de controle, haja vista que eventual conflito de interesses seria dirimido pelo próprio Monarca, cuja atuação não estava vinculada à nenhuma limitação social ou legal. Assim, o indivíduo existia para dar suporte e vida ao próprio Estado, atuando para este e em função deste, já que o Estado não tinha qualquer obrigação para com o cidadão.

---

20 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 35.

21 Esclarece Jorge Miranda certa imprecisão na terminologia, haja vista que nenhum Estado existiria à margem do Direito. Contudo, o sentido desta expressão estaria de acordo com a “máxima concentração do poder na pessoa do rei, cuja vontade era lei. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional. O Estado e os sistemas constitucionais*, Tomo I, 1, 10ª ed. rev. e atualiz., Coimbra, Coimbra editora, 2014, pp. 89/90.

22 Para Perry Anderson, a monarquia absoluta dos séculos XVII e XVIII foi responsável por manter o equilíbrio “entre a nobreza e classe dos burgueses”. Cf. PERRY ANDERSON, *Linhagens do Estado Absolutista*: tradução de Telma Costa, Edições Afrontamento, Porto, 1984, p. 13.

23 Embora tratado aqui como um modelo de Estado europeu, é de se registrar a ressalva de Susana Videira quanto à evolução histórica particular do Estado britânico em face do restante do continente. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., p. 45.

Num contexto sociopolítico com estas características, compreende-se a razão de não existirem direitos sociais em favor dos indivíduos, simplesmente porque a estes não eram conferidos quaisquer direitos. Aliás, se os mais básicos direitos àquela altura não eram reconhecidos, como a própria liberdade, pensar em direitos sociais num contexto de autoritarismo seria absolutamente incongruente.

De qualquer sorte, e daí a importância de retroceder a este modelo de Estado quando o alvo é a busca pelas raízes dos direitos sociais, foi exatamente neste ambiente de total desvalor pela vida humana que os anseios sociais passaram a incomodar o poder central, clamando a sociedade por respeito àquilo que se entendia como indispensável para o indivíduo<sup>24</sup>. Desencadearam-se, portanto, revoluções em diversas partes do mundo ocidental, especialmente na Inglaterra<sup>25</sup>, França e América<sup>26</sup>, cujo propósito era o alcance da liberdade, uma esfera de proteção contra invasão por parte do Estado<sup>27</sup>.

Ainda que as motivações nem sempre fossem as mesmas<sup>28</sup>, até mesmo porque a visão dos atores sociais era diversa nas diferentes sociedades, como era o caso da França e dos Estados Unidos da América em finais do século XVIII, pode-se afirmar que o ponto comum entre as reivindicações populares estava na busca pela alteração do próprio Estado. O alvo não

---

24 É de se destacar que os ideais de liberdade e igualdade, embora tenham aflorado nas revoluções liberais, já despertavam a atenção dos pensadores do século XVIII. Neste sentido, deve-se registrar, como destaca Susana Videira, o pensamento do Marquês de Condorcet acerca da igualdade, da justiça e da liberdade, cujas ideias antecederam a própria revolução francesa, sendo, inclusive, “a um só tempo, seu guia e sua vítima”. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., pp. 225/226.

25 Sobre a revolução industrial inglesa e o agravamento dos “problemas sociais graves e difíceis”, cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., p. 46.

26 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 45.

27 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 41.

28 Ao comparar as monarquias nacionais da Inglaterra e da França no pensamento de Sir John Fortescue, Diogo Freitas do Amaral destaca que haviam várias diferenças na formação e atuação das respectivas monarquias, em especial em sua origem. Para o autor, enquanto na Inglaterra a monarquia teve origem na vontade comum do povo, seguindo-se com um governo em conjunto, em França a monarquia era do tipo régia, reconhecida pela conquista violenta do poder, cujo governo desenvolvia-se pela obediência obrigatória dos súditos. Para além desta característica, também era clara a diferença no campo dos julgamentos, já que em França os juízes eram nomeados pelos Monarcas, enquanto que na Inglaterra os magistrados eram escolhidos dentre os residentes na localidade. Estas razões, além de outros traços culturais e sociais explicam as perspectivas diversas nas revoluções americana e francesa, muito embora, num primeiro momento, buscassem ruptura com um regime semelhante. Cf. DIOGO FREITAS DO AMARAL, “A Comparação das grandes monarquias nacionais (França e Inglaterra), no sec. XV, por Sir John Fortescue”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*, Vol. I, pp. 21/25, Almedina, 2012.

era o seu fim, mas a transformação de um modelo arcaico e despótico em algo diferente, capaz de assegurar compromissos e garantias de vida melhor e mais justa dos indivíduos<sup>29</sup>.

Embora, claro, esta transformação não tenha sido simples, tampouco restrita ao campo acadêmico, o certo é que a busca por aquilo que se denominou de direitos sociais décadas posteriores tinha suas raízes no fundamento que motivou o fim do Estado Absolutista, haja vista os anseios da população por uma nova relação para com o Estado, especialmente por uma vida melhor. Assim, embora reconhecidos praticamente um século depois, pode-se inferir que as necessidades a serem supridas pelos direitos sociais já integravam as ideias que alimentavam os movimentos liberais oitocentistas que inauguraram o Estado Liberal<sup>30</sup>.

### 3. O Estado Liberal e a insatisfação com os alvos conquistados

O fim do Estado Absolutista e a conquista de direitos alcançados com as revoluções francesa e americana no final do século XVIII pareciam ser a resposta que a sociedade tanto ansiava àquela altura, afinal o poder ilimitado do Estado, o despotismo monárquico e a falta de consideração da pessoa humana revelavam-se como algo que, aparentemente, teria ficado para a história. O anseio social, sobretudo pela insatisfação da burguesia, clamava por um Estado sujeito a regras, no qual o indivíduo e a atividade econômica não estivessem vulneráveis às ingerências do Monarca<sup>31</sup>.

---

29 Como destaca Susana Videira, na visão de Condorcet havia uma distância muito grande entre um grupo de indivíduos que dispunha de meios e recursos capazes de proporcionar segurança pessoal diante das infelicidades da vida e aqueles que não possuíam sequer meios de subsistência. Assim, Condorcet compreendia que o Estado deveria atuar com vistas a “inverter o infortúnio”, ou seja, reduzindo as desigualdade entre proprietários e trabalhadores mediante a compensação por outros meios àqueles que não dispusessem de bens de raiz e a segurança por eles proporcionada. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX... op. cit.*, p. 232.

30 Na tentativa de precisar as bases históricas dos direitos sociais, Catarina Santos Botelho adverte que “gênese histórica” repousa ao período dos movimentos liberais, muito embora suas raízes ideológicas remontem há séculos anteriores ao movimento liberal europeu e americano. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os direitos sociais em tempos de crise*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 92.

31 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 42. Abordando o comércio como o grande diferencial do Estado moderno e a maior evidência da liberdade dos novos tempos, diversamente da liberdade dos antigos, cf. BENJAMIN CONSTANT, op. cit., pp. 80/81.

De fato, com o fim do Absolutismo, o Estado conheceu uma nova realidade, porquanto passou a ser sujeito de direitos e deveres, estando, pois, vinculado às regras legais preestabelecidas, as quais poderiam ser invocadas pelo indivíduo em caso de descumprimento pelo próprio Estado. Era, portanto, na qualificação de Jorge Reis Novais, um Estado racionalizado, “fundado e limitado pelo Direito”<sup>32</sup>.

Como resultado das revoluções liberais, a formação do Estado de Direito<sup>33</sup> estabelecia que os deveres incumbidos ao Estado estariam diretamente relacionados aos direitos que passaram a ser reconhecidos aos cidadãos. Embora nem todos os direitos buscados nas manifestações populares tivessem sido alcançados, até porque, àquela altura, o grande propósito era a garantia da liberdade, o Estado passou a reconhecer em favor do indivíduo, além deste supremo direito, a segurança e o direito de propriedade, proporcionando um espaço de conformação do indivíduo que o possibilitava exercer todas as suas capacidades.

Este o cenário, *in thesi*, do Estado Liberal, qualificado como um Estado constitucional, representativo ou de Direito, com limitações do poder político, caracterizando-se como um modelo voltado para conferir liberdade ao indivíduo, protegendo-o de ataques à sua pessoa e a seu patrimônio, ao mesmo tempo em que o deixava totalmente livre para o exercício das atividades de sua pretensão. Em arremate, Jorge Miranda assenta que estas características revelam a identificação do Estado com as pretensões da classe burguesa, a qual conquistou, no todo ou em grande parte, o poder político e econômico<sup>34</sup>.

---

32 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, *op. cit.*, p. 44.

33 Ressaltando a diversidade de contribuições na evolução do Estado, Jorge Miranda esclarece que a expressão “Estado de Direito” teria origem alemã, enquanto “Estado Constitucional” seria originariamente uma expressão francesa e, por fim, o termo “governo representativo” seria de origem “anglo-saxónica”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, o Estado e os sistemas constitucionais*, Tomo I, *l.c.*, *op. cit.*, pp. 94 e 97. Na abordagem das expressões, Canotilho posiciona-se de forma contrária à aceitação dos termos como sinónimos, esclarecendo que o “Estado Constitucional não é nem deve ser apenas um Estado de direito”. Esta diferença decorria da impossibilidade de se limitar o Estado Constitucional moderno a apenas um Estado de Direito, já que aquele necessita de um poder e organização exercidos democraticamente, estruturando-se como um Estado de direito democrático. Seria, portanto, a “liberdade democrática” que legitimaria o poder. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, *op. cit.*, pp. 97 e ss.

34 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, o Estado e os sistemas constitucionais*, Tomo I, *op. cit.*, pp. 98/99.

Compreendido o panorama sociopolítico que inaugurou o Estado vigente a partir de finais do século XVIII e início do século XIX, há de se ter mente, especialmente para o estudo do arcabouço normativo de então, a realidade jurídico-política vigente àquela altura<sup>35</sup>. Neste sentido, pode-se afirmar que a organização política do Estado, com estabelecimento de limites e deveres, decorreu da nova sistematização jurídica que a partir de então surgira, consubstanciada numa Constituição<sup>36</sup>.

Em decorrência das revoluções liberais, sobretudo França e Estados Unidos da América elaboraram suas Constituições, através das quais foram condensados os limites do Estado e os direitos dos cidadãos, embora estes, em larga medida, apenas dissessem respeito aos direitos tipicamente de liberdade<sup>37</sup>. De qualquer sorte, ainda que lançadas num mesmo momento revolucionário, as bases dos Estados Constitucionais na Europa e América eram bem diversas, tanto que foi apenas nos Estados Unidos que a proteção dos direitos fundamentais do indivíduo fora levada a sério tanto em sua dimensão civil quanto em sua compreensão jurídico-política<sup>38</sup>.

---

35 Segundo Jorge Miranda, o constitucionalismo há de ser compreendido integrado às “correntes filosóficas, ideológicas e sociais do século XVIII e XIX”, razão pela qual traduz um ideia de Direito Liberal. Cf. JORGE MIRANDA, *Teoria do Estado e da Constituição*, Coimbra, Coimbra editora, 2002, p. 471.

36 Há de se registrar que a experiência constitucional britânica teve início um século antes. Porém, embora não tenha tido a mesma relevância da revolução francesa (Jorge Miranda), influenciou o movimento constitucionalista nos Estados Unidos e na Europa (Carlos Blanco de Moraes). Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, o Estado e os sistemas constitucionais, Tomo I, op. cit.*, pp. 93/94. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 82. De qualquer sorte, Jorge Reis Novais anota que a Inglaterra, ainda no século XVII, consagrou o reconhecimento dos direitos do homem, os quais derivavam “de liberdades naturais oponíveis ao Poder”, não sendo, portanto, “privilégios outorgados ou pactuados”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 53. Na visão de Paulo Bonavides, o constitucionalismo está atrelado à organização do Estado moderno, derivado da Revolução Francesa, inspirando as formas políticas do Estado Liberal, Estado de Direito ou Estado constitucional. Cf. PAULO BOVANIDES, *Curso de Direito Constitucional*, 30ª ed., São Paulo, Malheiros, 2015, p. 34. Ainda sobre o papel da Constituição, Konrad Hesse afirma caber à Constituição a tarefa de integrar, organizar e conferir direção jurídica ao Estado e às relações dentro de seu território. Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional...*, op. cit., pp. 04/06. Já Canotilho, após traçar a evolução da Constituição em face do Estado, conclui no sentido de reconhecer que a Constituição “só se compreende através do Estado”. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, op. cit., pp. 88/89.

37 Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 77.

38 Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 96.

Inobstante estas divergências, relacionadas, em larga medida, aos fundamentos, propósitos e visões que cada sociedade revelava dos diversos atores do poder estatal, especialmente Parlamento e Judiciário<sup>39</sup>, o certo é que o Estado Liberal proporcionou nova experiência ao cidadão, o qual passava a desfrutar de liberdade suficiente para desenvolver suas habilidades, não estando jungido às amarras e intromissões do modelo estatal anterior<sup>40</sup>.

Nesta medida, a classe burguesa sentia-se recompensada e satisfeita com o resultado das revoluções, porquanto a liberdade reivindicada fora, finalmente, reconhecida pelo Estado, o qual estava limitado pelas regras impostas. Ademais, e como consequência direta da liberdade alcançada, o Estado foi incumbido dos deveres de segurança e respeito ao direito de propriedade, exatamente os elementos de grande valia para a burguesia<sup>41</sup>, reflexo maior da noção de liberdade moderna<sup>42</sup>.

A despeito disto, grande parte da população, certamente a maioria, não desfrutava das mesmas vantagens resultantes das revoluções liberais<sup>43</sup>, haja vista que sua situação social, alheia aos acessos formais e materiais da burguesia, não lhe proporcionava

---

39 Deve-se ter em mente que enquanto a Europa enxergava no Parlamento a representação social e a oportunidade de mudanças e melhorias sociais em decorrência desta participação popular, os americanos tinham larga desconfiança do Legislativo, pois grande parte do movimento revolucionário norte-americano fora instigado por ações pesadas do Parlamento Inglês. Da mesma forma, se por um lado o Judiciário representava esperança e segurança para o povo americano, estava para o europeu como uma reminiscência do modelo monárquico absolutista, representando, assim, total distanciamento dos ideais revolucionários. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 96. Ainda sobre os contextos diversos entre América e Europa que marcaram a concepção da natureza da Constituição e o exercício de um controle de constitucionalidade das Leis, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, Coimbra, Almedina, 2014, p. 31.

40 Embora o liberalismo aglutine um conjunto de ideais marcantes dos séculos XVII e XVIII, destaca Susana Videira que seu propósito era não apenas libertar o cidadão do poder do Estado (Absoluto), mas também da autoridade da Igreja e dos “privilégios político-sociais existentes”. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., p. 55.

41 Na perspectiva do pensamento liberal, o Estado deveria proporcionar liberdade e segurança, além, é claro, da possibilidade de participar na escolha do governo, fosse elegendo seus pares ou sendo eleito pelos mesmos. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 148.

42 Cf. BENJAMIN CONSTANT, op. cit., p. 96.

43 De se registrar, como aponta Enrique Ricardo Lewandowski, que pela revolução industrial nos séculos XVIII e XIX, apesar de ter sido proporcionado um “salto tecnológico”, o indivíduo, “embora protegido contra o arbítrio do Estado por diversos instrumentos”, encontrava-se desprotegido em face dos “efeitos perversos do novo sistema econômico”. Cf. ENRIQUE RICARDO LEWANDOWSKI, “A formação da doutrina dos direitos fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Coords. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 393/400, 2ª ed. atualizada e ampliada, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 397.

qualquer relação de benefício em face dos direitos até ali conquistados<sup>44</sup>. Assim, para a parcela da população menos favorecida, haviam necessidades muito mais prioritárias e urgentes, ante o acesso limitado a elementos básicos para a vida humana, como moradia digna, saúde básica, educação, trabalho, dentre outros, o que prejudicava o gozo de qualquer outro direito<sup>45</sup>.

O êxtase dos direitos de liberdade não trouxe satisfação plena, tampouco universal. As necessidades reivindicadas por ocasião das revoluções tinham sido atendidas apenas em parte, já que a desigualdade mantinha-se inalterada, preservando, consigo, uma ampla desassistência de grande parte da população a elementos indispensáveis da vida humana<sup>46</sup>. Ademais, o exercício da liberdade em sua extensão máxima acabava por gerar fortes discrepâncias nas relações sociais, sobretudo nos contratos de trabalho.

Estas insatisfações com a realidade social, ainda que sob a égide do Estado Liberal - já limitado e orientado por uma Constituição, manteve o desejo e a necessidade de mudanças. Agora, diversamente das revoluções liberais, o foco não era mais o fim de um modelo de Estado, mas sim a reformulação dos fins deste Estado, haja vista que embora já existisse na concepção política e jurídica, racionalizado com direitos e deveres, carecia de direção específica quanto às suas finalidades.

---

44 Reconhece Paulo Bonavides que “o idealismo e a pureza” dos postulados do Estado Liberal não foram concretizados senão por curto período e de “modo consideravelmente incompleto”, beneficiando apenas a burguesia triunfante. Cf. PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil*, 4ª. ed., Brasília, OAB Editora, 2002, p. 102.

45 Sem o acesso às mínimas condições de vida e sobrevivência, a liberdade jurídica alcançada nas revoluções e materializada nas Constituições era um bem distante e “supérfluo” para a camada social excluída e carente de bens indispensáveis à própria existência. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 30.

46 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, op. cit.*, p. 180.

#### 4. A passagem para o Estado Social: evolução ou seguimento natural?

O caminhar do século XIX mostrava-se inquietante. Apesar de a liberdade figurar como um direito garantido, a maioria da população se ressentia por não lhe ser palpável o exercício de tão valioso direito. Esta insatisfação derivava, em grande parte, da divisão classista que colocava em lados diversos e, por vezes, opostos a própria sociedade, proporcionando pleno acesso a uns em detrimento de uma total falta de oportunidades dos demais<sup>47</sup>.

Esta realidade social não se compatibilizava com a completude dos anseios que motivaram as revoluções liberais<sup>48</sup>, sobretudo porque o Estado Liberal, embora pródigo em conferir liberdade, em nada contribuía para o estabelecimento da igualdade. Não bastasse isto, por si só motivador das insatisfações em razão da falta de acesso a bens e serviços pela maior parte da população, o pensamento acerca da igual dignidade das pessoas, já proliferado amplamente naquele período, tornava ainda mais incompreensível a desigualdade social que acarretava um profundo défice na perspectiva de vida humana dos menos favorecidos.

Em meio a esta dicotomia entre as expectativas lançadas sobre o Estado Liberal e a realidade efetivamente experimentada pela população mais pobre, a qual carecia de trabalho, educação, saúde, moradia e outros bens indispensáveis à sobrevivência, seguidas manifestações sociais marcaram o século XIX, sendo relevante o registro do Manifesto Comunista publicado por Karl Marx e Friederich Engels em 1848<sup>49</sup>.

---

47 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 34.

48 Acerca da igualdade buscada de “forma proeminente” nas bandeiras da Revolução Francesa, cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, *op. cit.*, p. 65.

49 Em seu manifesto comunista, Marx e Engels teorizaram sobre a ascensão da burguesia e a distância que a “liberdade de comércio” da sociedade liberal impunha à classe mais pobre. Para Marx e Engels, a sociedade burguesa do século XIX não havia superado a distância entre as classes causada pelas desigualdades sociais. Aliás, os autores reconheciam que a luta história entre classes estava ainda mais evidente naquele período, porquanto teria sido agravada pela ambição da burguesia. Frente a esta realidade, Marx e Engels pregavam a luta de classes, desafiando o proletariado a destruir a burguesia, aniquilando suas garantias e segurança da propriedade privada. Paralelamente, os autores do manifesto também defendiam que as crianças não deveriam trabalhar. Ao contrário, caberia às crianças frequentarem o ensino público e gratuito a ser prestado pelo Estado. Cf. MARX e ENGELS, *Manifesto Comunista*, versão para *ebooks*, ed. Ridendo Castigat Mores, Rocket Edition de 1999, pp. 8, 25 e 43. Ainda sobre o pensamento firmado no socialismo marxista-leninista, cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, Vol. I, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 283 e ss.



A exigência de uma vida digna era marcante, até porque a compreensão da igual dignidade de todos não mais admitia que apenas alguns tivessem condições de exercer a liberdade conferida pelo Estado. Era, portanto, fundamental que o Estado proporcionasse os meios e recursos necessários para que a elevação da condição humana possibilitasse o acesso de todos aos direitos de liberdade.

Com efeito, privado das condições necessárias que permitissem o indivíduo auferir de forma autônoma os meios essenciais de subsistência, caberia ao Estado favorecer o acesso à educação, saúde, moradia, trabalho, dentre vários outros bens e serviços indispensáveis<sup>50</sup>. Esta repaginação no pensamento do século XIX em muito foi influenciada, sobretudo nos países europeus, pela Encíclica Católica *Rerum Novarum*, através da qual foram lançadas profundas reflexões sobre o valor da pessoa humana e os próprios deveres do Estado<sup>51</sup>.

O grande desafio era garantir condições de liberdade de fato e não apenas jurídica, já que esta não viabilizava o acesso aos menos favorecidos a condições de melhoramento da vida humana. Assim, como adverte Jorge Miranda, não seria suficiente apenas uma liberdade jurídica, sendo fundamental criar condições de liberdade, pois a diminuição da liberdade de uns, civil ou política, acarretava uma redução da liberdade de

---

50 Cf. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *Los Derechos Fundamentales*, 8ª ed., Madrid, Tecnos, 2004, p. 193.

51 Em face da autoridade espiritual que a Igreja detinha, sobretudo à época, o conteúdo da Carta foi bastante impactante no cenário político, até porque representava profundas alterações na compreensão social. Mesmo sem recorrer propriamente às ideologias liberal e socialista, destaca Susana Videira que a doutrina social da Igreja buscou “transcendê-los a partir de suas próprias fontes”, abrindo a Igreja para os novos desafios impostos pelas questões sociais. Para tanto, centrou-se no “valor da pessoa humana e a essencial ordenação de todos os valores sociais aos valores pessoais”. Assim, ainda segundo Susana Videira, após enfrentar pontos fracturantes como “direitos e deveres”, concepção do Estado”, “dignidade dos pobres”, “liberdade de associação” e “ameaça do socialismo”, a Encíclica *Rerum Novarum* desafiou os padrões e empregados à “sublime tarefa de procurar a solução para o problema social”, contrapondo-se, assim, pelos meios empregados, ou seja, através da união, à “ideologia da 'luta de classes'”. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., pp. 724/728. Na visão de Paulo Otero, o Papa Leão XIII, fundado nos princípios da justiça e da verdade, tanto se insurgia contra a pobreza gerada pelo liberalismo quanto contra as “ideias socialistas contrárias à propriedade privada”. Assim, fora edificada a doutrina social da Igreja, “evitando que a direcção do movimento social ficasse cativo dos partidos revolucionários”. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 292. Ainda sobre os reflexos da Carta nos assuntos sensíveis de então, Waldemar Martins Ferreira aponta para a relevante questão da desmistificação do trabalho, o qual, ao ser encarado como uma “vocação” do indivíduo, passou a ser compreendido como um exercício de cumprimento “da vontade do Criador”. Por esta razão, em face da dignidade do indivíduo como cristão, não poderia o trabalhador ser tratado como escravo, cabendo “à justiça exigir o respeito de sua dignidade da pessoa”. Cf. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, *História do Direito Constitucional Brasileiro*, São Paulo, Max Limonad Editor, 1954, p. 183.

todos<sup>52</sup>.

De qualquer sorte, toda esta mudança no pensamento de então, alicerçada na realidade vivida pela população, gerou reivindicações sociais e mudanças relevantes na conquista de novos direitos, conduzindo paulatinamente ao alargamento do sufrágio<sup>53</sup>. A partir de então, com a participação ativa da população numa dimensão diretiva dos rumos estatais, podem ser verificadas modificações sensíveis na forma de conceber as obrigações do Estado, o qual, agora, passava a ser responsabilizado por garantir condições mínimas de igualdade.

Neste âmbito de mudanças, formulações e concretização do pensamento, é importante ressaltar, como adverte Carlos Blanco de Moraes, que antes mesmo de os direitos sociais passarem a figurar nas Constituições do século XX, leis ordinárias alemãs positivaram estes direitos<sup>54</sup>. Assim, embora não se pudesse reconhecer, ainda, a elevação dos direitos sociais ao patamar constitucional, pode-se apontar para o surgimento o Estado Social<sup>55</sup>.

---

52 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.* p. 35.

53 O alargamento do sufrágio permitiu que uma maior parcela da sociedade escolhesse seus governantes, inclusive, ocupando espaço na política. Com isto, deu-se uma maior participação na positivação dos reclames sociais em diversos textos legais na Europa. Segundo Paulo Bonavides, as revoluções liberais não resolveram os problemas elementares das nações como sociedade democráticas, uma vez que “as restrições ao sufrágio” mantinham os privilégios em favor de determinadas classes sociais, tornando o sucesso dos movimentos liberais muito mais perceptível do ponto de vista das liberdades alcançadas do que da democracia a ser efetivamente vivenciada. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social, op. cit.*, p. 68.

54 Sobre a origem do Estado Social e a constitucionalização dos direitos sociais, Carlos Blanco de Moraes esclarece que no final do século XIX, na Alemanha, o Estado Social teria surgido com a positivação dos direitos nas Leis Ordinárias, as quais dispunham sobre a obrigação do Estado na realização de prestações em favor do cidadão. Esclareça-se, contudo, que reconhecidos apenas na Lei Ordinária, os direitos sociais tinham natureza precária, razão pela qual apenas com a constitucionalização destes direitos em textos rígidos foi que as pretensões sociais passaram a desfrutar do caráter de fundamentalidade, garantindo o indivíduo contra alterações do dever do Estado em razão de modificações da gestão governamental por ideologia político-partidária. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 117. Por sua vez, embora Jorge Reis Novais reconheça a política de reformas da monarquia germânica atribuída a Bismark, ainda no século XIX, defende o autor que já no século XVII existiam medidas britânicas tendentes a organizar a assistência social. Por fim, reforça Reis Novais que a declaração de direitos da revolução francesa já estabelecia obrigações positivas do Estado no domínio do ensino e da assistência social. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito, op. cit.*, pp. 180/181.

55 Como esclarece Jorge Reis Novais, a conceituação de Estado Social não deve ser compreendida como “socialização” ou “coletivização”, mas sim entendida na perspectiva política, relacionada à evolução constitucional do Estado Liberal para o Estado de Direito Social. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais, Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*, 2ª ed., Lisboa, AAFDL Editora, 2017, p. 25.

Por conta desta sequência histórica de fatos e manifestações do pensamento, Jorge Reis Novais entende que o Estado Social não rompeu com o modelo anterior, sendo, em verdade, o “herdeiro e continuador” do Estado Liberal<sup>56</sup>. De fato, diversamente das mudanças ocorridas quando da queda do Absolutismo e surgimento do Estado de Direito Liberal, quando ali o Estado passou a existir juridicamente como sujeito de direitos e deveres<sup>57</sup>, iniciando-se verdadeiramente um novo modelo, a chegada do Estado Social significava, acima de tudo, um alinhamento no compromisso daquele mesmo Estado, agora formado com a participação mais ampla da sociedade.

Em verdade, na perspectiva da evolução do próprio pensamento liberal, reconhece Susana Videira que o liberalismo acabou por fazer “a apologia do Estado Social”, na medida em que legislou sobre esta parcela dos direitos, atuando na criação de serviços destinados a satisfazerem as expectativas sociais<sup>58</sup>. Por esta razão, na visão de Jorge Miranda, a passagem para o Estado Social foi uma sucessão “sem solução de continuidade”, caracterizada pela ampliação e aprofundamento simultâneo da “liberdade e da igualdade em sentido social”<sup>59</sup>.

No plano Constitucional, Jorge Reis Novais afirma que a constitucionalização deste novo Estado, através da positivação dos direitos sociais no Texto Supremo, remonta às Constituições mexicana de 1917 e de Weimar em 1919<sup>60</sup>, sendo acompanhadas de vários

---

56 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direito Sociais...*, op. cit., pp. 24/25.

57 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., p. 44.

58 Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., p. 65.

59 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo I*, op. cit., p. 107.

60 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria de Estado de Direito*, op. cit., p. 181. Ao destacar a influência da doutrina social da Igreja Católica lançada “na gênese de um novo modelo político de Estado”, Paulo Otero reconhece que as ideias lançadas na Carta *Rerum Novarum* foram acolhidas em diversos “textos constitucionais e internacionais” no início do século XX, destacando-se as Constituições Mexicana e Alemã, de 1917 e 1919, respectivamente, além da Carta da Organização Internacional do Trabalho de 1919. No caso da Constituição do México, estabeleceu-se o compromisso do Estado para com a “garantia de educação, das condições justas de trabalho e de previdência social”, além do desenvolvimento da “função social da propriedade”. Por sua vez, a Constituição de Weimar reconheceu o “bem-estar público” como integrante da “esfera legislativa da federação, proclamando que a organização económica deve realizar a justiça, tendo em vista 'assegurar a todos uma existência humana digna’”. Trouxe ainda, a Carta alemã, garantias nas áreas de trabalho e segurança social. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., pp. 298/300.

outros Textos Constitucionais após a segunda grande guerra<sup>61</sup>. Já Catarina Santos Botelho prefere apontar para o período pós segunda guerra como marco histórico da mudança qualitativa do Estado liberal para o Estado social<sup>62</sup>.

De qualquer sorte, o que importa é observar que o conceito de Estado foi sensivelmente alterado pela compreensão dos direitos sociais como elemento indispensável para garantia da igualdade efetiva, sem a qual o exercício da liberdade restava prejudicado. Com este novo entendimento, conforme será observado por ocasião da abordagem específica sobre o tema, o conceito de direitos fundamentais foi largamente ampliado, ultrapassando os limites dos direitos de liberdade, haja vista a necessidade de elevar as condições de existência humana para o pleno exercício das potencialidades do indivíduo.

Por tais razões, aperfeiçoado é o conceito do Estado Social<sup>63</sup>. Agora, não mais seria suficiente a positivação dos direitos sociais e sua incorporação aos fins do Estado, já que a indispensabilidade destes direitos em respeito à dignidade da pessoa humana elevava os direitos sociais à categoria de direitos fundamentais, devendo o Estado ser orientado por esta nova compreensão<sup>64</sup>.

---

61 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo I, op. cit.*, p. 108.

62 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 96.

63 Importa destacar, como bem registra Carlos Blanco de Moraes, que a noção de Estado Social, como modelo comprometido com a concretização de direitos sociais, não é sinónimo, nem pressupõe ser um Estado Democrático de Direito, haja vista a existência de Estado social de “caráter autoritário”, como é o caso do Estado chinês, os antigos Estados comunistas do bloco soviético, dentre outros. Por outro lado, também registra o autor que há Estado Democrático de Direito onde não consta na Constituição a dimensão social, como é o caso dos Estados Unidos da América. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, pp. 579/613, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 589.

64 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de direito constitucional, Tomo I, op. cit.*, p. 109.

## 5. Estado Social de Direito Democrático como protetor dos direitos fundamentais

No processo de evolução do Estado, nota-se, sobretudo na primeira metade do século XX, a adequação do funcionamento deste organismo às finalidades e anseios da sociedade. Assim, a assunção do princípio da sociabilidade tornou o Estado um instrumento fundamental para garantia da existência digna da vida humana, exigindo-se uma interligação, sob a atuação do Estado, da atividade econômica com os objetivos políticos definidos<sup>65</sup>.

Na medida em que esta nova visão e postura do Estado passou a ser indispensável para a existência humana, não se poderia admitir que os direitos reconhecidos como fundamentais para o indivíduo fossem extirpados da ordem jurídica como forma de “liberar” o compromisso do Estado. Ao contrário, a partir de então não seria suficiente ao Estado entregar ao indivíduo um rol de direitos positivados, porquanto, para além disso, seria necessário que o Estado garantisse que aquelas normas compreendidas como fundamentais fossem cumpridas a despeito das oposições ocasionais causadas por divergências ideológicas<sup>66</sup>.

É bem verdade que a possibilidade de atuação do Estado na defesa dos direitos do indivíduo já havia sido reconhecida no início do século XIX, através de julgamento da Suprema Corte americana, na célebre decisão do Juiz Marshall<sup>67</sup>. Contudo, passados mais de um século e meio, a nova compreensão dos direitos fundamentais<sup>68</sup>, em especial em solo europeu, achava-se ainda mais fortalecida com a aceitação da Constituição como instrumento

---

65 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma teoria de Estado de Direito*, op. cit., pp. 183/185.

66 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e Internacional*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 23.

67 É de se destacar que a visão de soberania da Constituição sobre as demais normas já era um pensamento presente nas ideias jurídico-políticas do século XVIII, tanto que, como adverte Adhemar Ferreira Maciel ao se referir à Constituição americana, “a questão era tão pacífica e consensual entre os constituintes, que se deixou de colocar a competência expressamente na Constituição”. Cf. ADHEMAR FERREIRA MACIEL, op. cit., p. 80.

68 A temática dos direitos fundamentais, com sua evolução e questionamentos acerca dos direitos que teriam natureza jusfundamental será analisada no decorrer do “capítulo 2”, oportunidade na qual se buscará um enquadramento adequado dos direitos. Assim, partimos, neste momento, do entendimento de que os direitos sociais também integram os direitos fundamentais, cabendo ao Estado atuar de forma indistinta, respeitadas as características específicas de efetividade de cada direito.

essencialmente jurídico<sup>69</sup>, impondo-se ao Estado uma atuação efetivamente voltada para a proteção destes direitos.

Agora, portanto, além de simplesmente positivizar os direitos sociais, o Estado Social de Direito que protege os direitos fundamentais é identificado pelo compromisso na garantia destes direitos mais indispensáveis para existência humana. A caracterização deste modelo vai além do Estado que atua em respeito às leis como sujeito de direitos e deveres. Mais do que isto, o Estado de Direito, a partir da segunda metade do século XX<sup>70</sup>, passou a existir em submissão às normas constitucionais que resguardam a dignidade da pessoa humana e garantem os direitos fundamentais, sendo dotado de instituições comprometidas na proteção destes direitos<sup>71</sup>.

Esta nova perspectiva na concepção do Estado decorreu do reposicionamento do indivíduo frente ao Estado, o que em muito resulta da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, a partir do qual a condição de vida humana tem papel preponderante nos fins do Estado. Assim, já não mais seria o indivíduo em prol do Estado, mas este em função do indivíduo<sup>72</sup>. Firmado o Estado, portanto, como responsável por garantir os direitos fundamentais do indivíduo, haveria a necessidade de um sistema conjugado capaz de preservar estes direitos, evitando-se que eventual discordância política

---

69 Somente após a segunda guerra mundial foi que os países europeu reconheceram que o Estado de legalidade, baseado na simples obediência à lei, não resguardava os direitos fundamentais do cidadão, pois, formalmente, as ações da Alemanha nazista teriam sido respaldadas pela letra da Lei. Diante deste dilema, a Constituição, até então compreendida como documento político, de caráter simbólico, passou a ter relevância no Ordenamento Jurídico, aplicando-se como base e fundamento para as demais normas, as quais lhe deviam obediência. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 31. No mesmo sentido, cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, op. cit., p. 296.

70 Ao abordar a evolução do Estado na perspectiva de um moderno “Estado fiscal”, cujo financiamento de suas atividades decorreria do recolhimento de tributos, José Casalta Nabais destaca que a crise do estado nos últimos anos está mais afeta a sua vertente “social”. Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Da sustentabilidade ao estado fiscal”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. IV, pp. 421/448, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 426/427.

71 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 17.

72 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 52. Citando célebre pensamento de Herbert Krueger, de meados do século XX, Paulo Bonavides reafirma que o núcleo das transformações constitucionais reside no reconhecimento de que, agora, “já não são os direitos fundamentais que valem unicamente na moldura das leis, mas as leis na moldura dos direitos fundamentais”. Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 403.

aniquilasse a previsão normativa<sup>73</sup>.

Por conta desta “revolução constitucional do segundo Estado de Direito”, como afirma Paulo Bonavides, os direitos fundamentais passaram a ter primazia na estrutura e finalidade do Estado, de onde provem, inclusive, a legitimidade do próprio Ordenamento Jurídico, já que neste modelo o “Estado avulta menos e a Sociedade mais”<sup>74</sup>. Assim, o Estado Social de Direito, hoje, justifica-se, legitima-se e atua em defesa dos direitos fundamentais<sup>75</sup>.

---

73 Ao tratar do processo de positivação, institucionalização e garantia dos direitos, José de Melo Alexandrino pontua a evolução do Estado moderno fundada em “quatro linhas”: “positivação dos direitos na Constituição”; reconhecimento de novos direitos, dentre os quais os direitos sociais; desenvolvimento progressivo do modelo de Estado; e, por último, aperfeiçoamento dos “mecanismo jurídicos operacionais dirigidos à tutela efectiva dos direitos fundamentais”. Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*, 2ª ed., Cascais, Princípia, 2011, pp. 17/18.

74 Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 33.

75 Para Perez Luño, os direitos fundamentais, no curso da evolução do Estado, funcionam, atualmente, como conjunto de valores a definir “*la acción positiva de los poderes públicos*”, deixando ser apenas garantias negativas dos interesses individuais. Cf. ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 21.

## CAPÍTULO II

### A NATUREZA DOS DIREITOS SOCIAIS

*“Existe uma tensão inelutável entre liberdade e igualdade. Levado às últimas consequências, um princípio radical de liberdade oblitera a igualdade da condição humana e, em contrapartida, um princípio de igualdade igualitária esmaga a autonomia pessoal. Porém, em concreto, elas andam constantemente a par, uma implicando a outra – como demonstram, sobretudo, a problemática da liberdade religiosa e a da liberdade política”.* JORGE MIRANDA<sup>76</sup>

#### 1. Afinal, o que são direitos fundamentais?

Não há como falar de direitos fundamentais sem se reportar à noção de constitucionalismo<sup>77</sup>. Embora, aparentemente, os temas estejam relacionados a titulares diversos ou mesmo disponham sobre assuntos diferentes, passados mais de 200 anos das revoluções liberais, pode-se afirmar que Constituição e direitos fundamentais tem bases comuns, além de caminharem em convergência para a proteção de um mesmo valor: a pessoa humana<sup>78</sup>.

---

76 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 311.

77 Sustentando que o constitucionalismo não seria o mesmo sem os direitos fundamentais, cf. ANTONIO-ENRIQUE PÉREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 19.

78 Sobre a relevância do constitucionalismo nos mais variados ordenamentos jurídicos, cf. FRANCISCO FERNANDEZ SEGADO, *La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional*, Separata, Revista de las Cortes Generales, Tercer cuatrimestre, 2011, 84, p. 09.



É possível que ao olhar para a história, sobretudo as mudanças sociais, culturais, políticas e ideológicas que marcaram os séculos XVIII e XIX, o foco da atenção seja canalizado quase que exclusivamente para o fim do Estado Absolutista e início do Estado de Direito liberal, tendo como marca a inauguração de uma Constituição capaz de integrar e organizar o Estado, sujeitando-o às regras legais<sup>79</sup>.

Embora a análise da história não seja algo simples, pois, como adverte Canotilho, ao citar P. Veyne, “o perigo da história é que ela parece fácil e não o é”<sup>80</sup>, vê-se que a transformação do Estado decorreu de algo muito amplo que simples alterações de regras políticas. Isto porque o destino que se estava encaminhando não era meramente em relação à política de governo, estando relacionado com a compreensão de quem seria o verdadeiro titular do poder e qual seria a real finalidade do Estado.

Neste novo momento, a compreensão da estrutura do Estado de Direito exigiu a limitação da atuação do Estado através de uma Constituição, documento este que ao tempo em que estabelecia deveres para o Estado, também previa direitos em favor do indivíduo. Esta novel conjuntura, antes estabelecida sem qualquer controle para com os atos do Estado, passou agora a exigir respeito em relação às garantias reconhecidas em favor do cidadão, não podendo, nem mesmo o Estado, ultrapassar a barreira dos direitos individuais<sup>81</sup>.

Naturalmente, o núcleo de proteção destes direitos indispensáveis ao indivíduo estava diretamente ligado ao reconhecimento de que certas necessidades eram fundamentais à própria existência do homem, pois, como afirma Vieira de Andrade, “os direitos fundamentais são os pressupostos elementares de uma vida humana livre e digna”<sup>82</sup>.

---

79 Para Susana Videira, o liberalismo inaugurou uma nova época, marcada sobretudo pelo “projeto constitucional”, sendo através de um ato jurídico - Constituição – que o Estado nasceria e, ao mesmo tempo, estaria vinculado juridicamente. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., p. 55. Na compreensão de Waldemar Martins Ferreira acerca do processo de formação constitucional, as Constituições não surgem por mero acaso nem mesmo resultam de um esforço individual jurídico-político. Segundo o autor, os governos se formam e se organizam de acordo com os “princípios e regras de conduta que cada povo espontaneamente adota e pela prática aprimora, para o seu bem e segurança da coletividade”. Cf. WALDEMAR MARTINS FERREIRA, op. cit., pp. 100.

80 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, “O círculo e a linha – Da 'Liberdade dos Antigos' à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Coordenadores Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 177/190, São Paulo, Quartier Latin, 2008, p. 178

81 Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, op. cit., p. 37.

82 Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de*

Assim, ao olhar para as reivindicações liberais, nota-se que o lema “liberdade, igualdade e fraternidade” está diretamente ligado às necessidades indispensáveis do indivíduo, sem as quais o homem encontra-se permanentemente escravo, incapaz de exercer suas potencialidades. É claro que o desenrolar da história tem favorecido uma melhor compreensão dos fatos, não havendo dúvidas de que a bandeira das revoluções estava ligada aos direitos fundamentais do indivíduo.

Ainda que no princípio apenas os direitos de liberdade tenham sido alvo de proteção pelo Estado Liberal, o que importa entender, neste momento, é que àquela altura uma parcela dos direitos indispensáveis da existência humana fora reconhecida como fundamental para o indivíduo, o qual poderia invocar a proteção, inclusive, contra investidas do próprio Estado<sup>83</sup>.

Nota-se, portanto, que as Constituições que floresceram em finais do século XVIII e início do século XIX, além das declarações internacionais sobre o assunto que floresceram no mesmo período e nos anos vindouros<sup>84</sup>, passaram a reconhecer a existência de direitos indispensáveis ao homem, os quais foram, paulatinamente, agregando novos valores e alargando a esfera de proteção. Isto porque o respeito aos direitos fundamentais tem por sustentáculo a concretização de valores associados ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>85</sup>.

---

1976, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, p. 108.

83 É importante que se esclareça, como adverte Cristina Queiroz, que embora o século XIX seja marcado pelo triunfo da ideologia liberal, observa-se que as aspirações de “cuidado e promoção de bem-estar social” não eram alheias ao movimento político. Contudo, a visão liberal tinha nestas necessidades “obrigações morais”, as quais deveriam ser supridas pela sociedade, numa concretização da fraternidade, sem vinculação jurídica do Estado. Cf. CRISTINA QUEIROZ, *Direitos Fundamentais Sociais*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 08.

84 O destaque vai para as Constituições americana e francesa dos finais do século XVIII, além da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789. Na compreensão de Ingo Wolfgang Sarlet, a Declaração de Direitos do povo da Virgínia, de 1776, “marca a transição dos direitos de liberdade legais ingleses para os direitos fundamentais constitucionais”. Esta característica adveio, sobretudo, pela supremacia normativa da Constituição, além, é claro, de sua posterior “garantia de justiciabilidade por intermédio da Suprema Corte e do controle judicial de constitucionalidade”. Por sua vez, reconhece o autor a importância das Constituições francesas do final do século XVIII no legado dos direitos humanos, o que, ao final, promoveu uma “inequívoca relação de reciprocidade” na compreensão dos direitos fundamentais a partir daquele século. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*, 12ª. ed. rev. atual e ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 43/44.

85 Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *op. cit.*, p. 161.

Diante desta compreensão, pode-se concluir que os direitos fundamentais constituem uma parcela inarredável, inegociável e inegável do indivíduo, oponíveis ou exigíveis do Estado<sup>86</sup>. São direitos indispensáveis à existência plena e digna do indivíduo, sem os quais o cidadão seria colocado em posição de submissão a um Estado ilimitado, invertendo-se o compromisso e a finalidade do próprio Estado, o qual deixaria de existir em função do cidadão para, sem respeitar seus direitos, atuar com um fim em si mesmo.

Nestas condições, seguindo as palavras de Jorge Reis Novais, são os direitos fundamentais “posições jurídicas individuais face ao Estado”<sup>87</sup>, na medida que proporcionam ao indivíduo uma posição firme diante das ações estatais que visem desconstituir garantias individuais. De fato, dada a amplitude e relevância destes direitos, destaca Jorge Pereira da Silva que os direitos fundamentais constituem “um feixe de situações jurídicas complexas, com diferentes vertentes e direções”<sup>88</sup>.

## **2. Direitos sociais como direitos fundamentais**

O processo de reconhecimento dos direitos fundamentais é algo que avança no curso do tempo. Numa perspectiva inicial, vê-se que os anseios sociais, em primeira ordem, buscavam a libertação das amarras e abusos do Estado, o qual não conhecia regras e limites. Esta circunstância, obviamente, impunha não apenas uma alteração de perspectiva do Estado, mas sobretudo uma mudança no respeito à pessoa humana.

---

86 Numa perspectiva da obra de Norberto Bobbio sobre a concepção dos direitos fundamentais, Fernando Luiz Ximenes Rocha aborda os direitos de liberdade, num primeiro momento, como oponíveis ao Estado, sendo que, após a Revolução Industrial, as movimentações e participações populares conduziram ao nascimento dos direitos sociais. Cf. FERNANDO LUIZ XIMENES ROCHA, “Norberto Bobbio e os Direitos Humanos”, in *Política e Direito em Norberto Bobbio: Luzes a liberdade, a igualdade, a democracia e a república*, pp. 131/149, Florianópolis, Conceito Editorial, 2014, p. 135.

87 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 17.

88 Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2015, p. 106.

Como decorrência deste processo, os direitos de liberdade afloraram como conquista indissociável do Estado Liberal, disseminando-se como verdadeira marca revolucionária. Afinal, como afirmou Benjamin Constant, a liberdade moderna caracterizava-se pelo direito de ir e vir, dispor, escolher, enfim, não ser limitado senão pelas leis que regem a sociedade em geral<sup>89</sup>.

Em todo caso, a ampliação dos valores decorrentes da dignidade da pessoa humana manteve ínsita a necessidade de alargamento dos direitos a serem protegidos e respeitados pelo Estado, uma vez que apenas o formal reconhecimento dos direitos de liberdade não alcançava de forma universal e plena todos os indivíduos. Passou-se a reconhecer, portanto, que haviam outras necessidades do indivíduo que reclamavam o mesmo nível de proteção que os direitos de liberdade receberam, inclusive como forma de oportunizar o exercício amplo e a fruição plena dos referidos direitos.

Conforme já se teve oportunidade de analisar por ocasião da evolução do Estado, a normatização dos direitos sociais no decorrer do tempo, desde sua positivação em leis ordinárias nos finais do século XIX até a constitucionalização da matéria na primeira metade do século XX, decorreu, em geral, do processo de alargamento do sufrágio como instrumento que possibilitou a representação das massas perante os setores decisórios do Estado<sup>90</sup>. Neste contexto, alguns dos direitos sociais, especialmente os ligados ao trabalho, educação e saúde, passaram a ser tidos como indispensáveis à existência humana, já que eles seriam fundamentais na elevação da condição de vida, permitindo ao indivíduo o acesso a outros direitos.

Contudo, este não é, nem nunca foi, um tema pacífico, havendo, como adverte Jorge Miranda, fortes discordâncias quanto à compreensão dos direitos sociais como fundamentais, em especial por considerar que os direitos sociais teriam natureza diversa dos direitos de liberdade, o que permitiria ao legislador ampla margem de escolha sobre sua contemplação<sup>91</sup>. Neste sentido, em sua visão acerca dos direitos fundamentais, Carl Schmitt

---

89 Cf. BENJAMIN CONSTANT, *op. cit.*, p. 77.

90 Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, p. 114.

91 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 122. Na visão de José Casalta Nabais, o alargamento infinito dos direitos sociais acaba por banalizar os direitos fundamentais, ao invés de os fortalecer, o que seria uma “*tendência para a panjusfundamentalização*”. Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Revista de Direito Público da*

reconhecia como detentores desta natureza especial apenas os direitos de liberdade, os quais seriam “anteriores e superiores” ao próprio Estado<sup>92</sup>.

Nesta perspectiva, ou seja, atribuindo aos direitos de liberdade uma posição de precedência e supremacia sobre a realidade do Estado, o autor alemão entendia que o Estado não teria qualquer margem de deliberação sobre a matéria, cabendo-lhe, tão somente, o reconhecimento dos direitos e a devida ação protetiva em favor do indivíduo. Assim, constituiriam os direitos de liberdade os únicos direitos fundamentais, pelo que estes se posicionariam exclusivamente como direitos de defesa em face do Estado.

Por sua vez, qualificando-os como “direitos socialistas” a prestações por parte do Estado, Carl Schmitt entendia ser um erro reconhecer a natureza jusfundamental dos direitos sociais, argumentando que estes seriam completamente diversos, na medida em que seriam limitados, relativos e condicionados. Ante estas características, concluía Schmitt que a estrutura lógica e jurídica dos direitos sociais seria contraposta aos autênticos direitos fundamentais<sup>93</sup>.

A visão de Schmitt, embora bem argumentada filosoficamente, carece de uma maior contemplação histórico-jurídica. Em verdade, a importância de cada um dos direitos na elevação da condição humana - que justifica sua natureza jusfundamental - não está simplesmente relacionada à posição deste direito em face do Estado, mas sim à atuação e finalidade do Estado Moderno frente ao indivíduo. Assim, por conta do primado da dignidade da pessoa humana, não é mais o indivíduo que vive e atua em função do Estado, mas sim o Estado que existe e se legitima na medida em que atua em função do indivíduo<sup>94</sup>.

---

*Economia* – RDPE, pp. 61/95, Ano 6 - n. 22, abril/junho, Belo Horizonte, Fórum, 2008, p. 74.

92 Cf. CARL SCHMITT, *Teoría de la Constitución*, 1ª edición – 1982, 2ª reimpresión, Alianza Editorial, Madrid 1996, p 169.

93 Cf. CARL SCHMITT, *op. cit.*, p. 174.

94 Para Jorge Miranda, os direitos de liberdade e os direitos sociais “tem a sua fonte ética na dignidade da pessoa humana”, sendo este princípio o responsável por conceber a pessoa como fundamento e fim da sociedade e do Estado”. Cf. JORGE MIRANDA, “A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil”, in *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*, Coord. Antonio Pinto Pereira; Henrique Sousa Antunes; Manuel de Almeida Ribeiro e Sofia Oliveira Pais, pp. 503/520. 1ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2013, p. 506.

Sendo esta, portanto, a lógica da natureza jusfundamental, parece razoável aceitar que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais ocupam posição de primazia perante do Estado, já que os valores inerentes à dignidade da pessoa humana exigem uma postura do Estado que atenda às necessidades mais básicas do indivíduo, sem as quais não haverá que se falar em vida digna<sup>95</sup>. Assim, tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais, na qualidade de direitos fundamentais, configuram normas cujo destinatário é o Estado<sup>96</sup>, a quem cabe zelar pelo seu efetivo cumprimento.

Ademais, o conceito adotado por Schmitt sobre os direitos de liberdade, atribuindo-lhes um caráter de precedência e antecedência em favor do Estado, além de insuficiente para definir a questão, restringe-se a um argumento filosófico. Neste sentido, é de se observar que o próprio conceito de liberdade em muito variou no curso da história, podendo-se afirmar, através das observações de Benjamin Constant, que a concepção de liberdade para os antigos era totalmente diversa daquela buscada pelos modernos<sup>97</sup>, cujo alcance tem sido ampliado especialmente nos últimos 200 anos, sobretudo pela compreensão de que estes direitos estão a concretizar a dignidade da pessoa humana.

A visão do assunto sobre este prisma torna mais clara a questão, na medida em que a natureza jusfundamental do direito se justifica pela sua indispensabilidade à elevação da condição humana, o que tem avançado no curso da história, sobretudo a partir dos anos 70, do século XX<sup>98</sup>. É exatamente o reconhecimento normativo desta questão - em especial discernir seu *status* constitucional - que posiciona os direitos sociais como direitos fundamentais<sup>99</sup>. Sem elementos mínimos capazes de reduzir a desigualdade social e garantir a igualdade de fato entre pessoas, os direitos de liberdade restariam inacessíveis e indesfrutáveis, razão pela qual

---

95 Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 135.

96 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 57.

97 Cf. BENJAMIN CONSTANT, op. cit., pp. 77/79.

98 Numa dimensão do Direito Internacional, Maria Luísa Duarte adverte que foi no século XX que se deu o “salto qualitativo no modelo de proteção de direitos fundamentais”, saindo da esfera estadual para alcançar um plano internacional, inaugurando um processo, ainda que em ritmo diverso, de concretização dos direitos em diferentes povos. Cf. MARIA LUÍSA DUARTE, “O Modelo Europeu de Proteção dos Direitos Fundamentais – Dualidade e Convergência”, in *Revista de Estudos Europeus*, Ano I – Nº 1, janeiro – junho, pp. 31/42, Coimbra, Almedina, 2007, p. 31.

99 Cf. CRISTINA QUEIROZ, op. cit., p. 25.

seriam os direitos sociais indispensáveis para exercício dos direitos de liberdade<sup>100</sup>.

Como se observa, analisando a natureza dos direitos à luz do caráter de indispensabilidade em face da existência humana, vê-se claramente que não há como dissociar os direitos sociais e os direitos de liberdade, haja vista a interligação inevitável e incontornável entre ambos<sup>101</sup>. Por tal razão, Robert Alexy reconhece que o ponto crucial do reconhecimento dos direitos sociais como direitos fundamentais reside no próprio direito de liberdade<sup>102</sup>, haja vista que sem a possibilidade efetiva de o indivíduo tomar decisões, seria impossível a fruição do valor da liberdade jurídica<sup>103</sup>.

### 3. Direitos sociais como concretização da dignidade da pessoa humana

Como se observa, não há como abordar a questão dos direitos sociais sem uma análise razoável dos valores inerentes ao princípio da dignidade da pessoa humana, até porque, como adverte Jorge Reis Novais, a própria compreensão da natureza fundamental destes direitos decorre de sua relevância material “enquanto exigências concretizadas, ou a

---

100 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 123. No mesmo sentido, cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos sociais...*, *op. cit.*, p. 91.

101 Embora reconheça que a constitucionalização optou por atribuir aos direitos sociais a natureza de direitos fundamentais, Carlos Blanco de Moraes adverte que isto “não significa uma equiparação em valor e em grau de proteção”, já que razões de ordem histórica e dogmática justificariam o primado dos direitos de liberdade sobre os direitos sociais. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional...*, *op. cit.*, pp. 566/569. Por sua vez, Rui Medeiros afasta a existência de um “primado” entre os direitos fundamentais, esclarecendo, contudo, que a consagração constitucional dos direitos sociais como fundamentais não pode significar uma “compreensão desmesurada da liberdade de conformação, que num Estado democrático, deve caber ao legislador ordinário”. Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. I, pp. 657/683, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 661 e 663/664.

102 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã *Theorie der Grundrechte* publicada pela *Suhrkamp Verlag* (2006), 2ª ed. – 3ª reimpressão, São Paulo, Malheiros, 2014, p. 503.

103 Ao afirmar que os direitos fundamentais devem proporcionar uma vida em liberdade e em respeito à dignidade da pessoa humana, Konrad Hesse conclui que a liberdade do indivíduo só é exercida quando há condições e capacidade de decidir por si mesmo. Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional, op. cit.*, p. 33.

concretizar, da dignidade da pessoa humana”<sup>104</sup>.

A bem da verdade, não poderia ser diversa a conclusão. Aceitar um Estado de Direito que respeite os direitos fundamentais é compreender, nas palavras de Catarina Santos Botelho, que existe um denominador comum capaz de sustentar todo o complexo normativo, valor este que somente pode ser discernido através do princípio da dignidade da pessoa<sup>105</sup>. Esta também é a posição de José de Melo Alexandrino, para quem o princípio da dignidade da pessoa humana “transcende o domínio dos direitos fundamentais”, consistindo, em verdade, em um fundamento de toda a ordem constitucional<sup>106</sup>.

A evolução da sociedade, do Estado e do Direito tem demonstrado a irradiação dos efeitos do princípio da dignidade da pessoa humana aos valores mais importantes da existência humana, inclusive no tocante à concepção, como lembra Jorge Miranda, de o Estado e a sociedade terem como fundamento e fim a pessoa<sup>107</sup>. Foi exatamente através da compreensão deste princípio que valores como liberdade e igualdade passaram a fazer parte das necessidades humanas a serem supridas, sendo inegável que a dignidade da pessoa humana ofereceu, nas palavras de Konrad Hesse, uma “nova interpretação ou expansão das liberdades fundamentais”, convertendo-se em direitos prestacionais<sup>108</sup>.

Nestas condições, dada a “indivisibilidade” dos direitos fundamentais<sup>109</sup>, identificar a norma de um direito fundamental - como direito de liberdade ou social - tem sua

---

104 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 39. Abordando a natureza jusfundamental dos direitos sociais na perspectiva da Constituição Federal do Brasil, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que são direitos fundamentais todos os direitos sociais previstos no sistema constitucional positivo brasileiro, “tenham sido eles expressa ou implicitamente positivados”, seja na Constituição ou mesmo em tratados internacionais firmados e incorporados pelo Brasil. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988: Resistências à sua Eficácia e Efetividade”, in *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*/ Organizador José Ribas Vieira, pp. 291/318, Rio de Janeiro, Forense, 2008, p. 297.

105 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., pp. 41 e ss.

106 Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II, Almedina, Coimbra, 2006, p. 312.

107 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 243.

108 Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, op. cit., p. 42.

109 Ao reconhecer que o princípio da dignidade da pessoa humana corresponde “ao mais importante conceito da gramática dos direitos fundamentais”, Jorge Pereira da Silva afirma que isto justifica a “indivisibilidade dos direitos fundamentais”. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado de proteção dos direitos fundamentais...*, op. cit., pp. 114/115.



relevância especialmente atrelada à projeção da dignidade da pessoa humana, já que é a materialização deste princípio que evidencia a necessidade de elevar a condição de vida, seja livrando o indivíduo da ação abusiva do Estado, seja promovendo as condições mínimas para que o homem possa exercitar suas capacidades<sup>110</sup>.

### **3.1. O avanço da compreensão da dignidade da pessoa humana no século XIX e os reflexos na atuação do Estado**

Tamanha é a importância do princípio da dignidade da pessoa humana na história dos direitos fundamentais que Jorge Miranda afirma ser “inseparável” sua compreensão nesta seara, seja como “um valor, um princípio, um metaprincípio”<sup>111</sup>. De fato, quer na expressão dos direitos de liberdade, quer na elevação da condição humana através do oferecimento de direitos sociais, não há como negar que a adoção pelo Estado, ou melhor, a formação do Estado com base nesta orientação é fruto de um valor supremo e universal que tem como fundamento o princípio da dignidade da pessoa humana<sup>112</sup>.

Mesmo sem se distanciar do enfoque do presente trabalho, já que a história aprofundada da dignidade da pessoa humana remeteria a um amplo estudo que não se justificaria nos limites deste tema, há de se perceber os contornos sociais alcançados pelo princípio da dignidade da pessoa humana após o século XVIII, sobretudo com o pensamento de Kant. Neste sentido, partindo da premissa que as pessoas não teriam valor, mas sim

---

110 Acerca da garantia jurídica a bens reconhecidos como fundamentais pela concretização da dignidade da pessoa humana, aos quais a Constituição atribui uma “protecção máxima, forte e estável”, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 309.

111 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 78.

112 Segundo Paulo Otero, apesar de a dignidade da pessoa humana constituir a base do sistema constitucional de direitos humanos e dos correlativos deveres, há graus diversos de “conexão material entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana”, razão pela qual há direitos com maior proximidade e relevância em face do princípio em análise. Nesta perspectiva, distingue o autor dois tipos de direitos ligados à dignidade da pessoa humana, apontando, primeiro, aqueles que seriam “essenciais” à dignidade humana, e, segundo, aqueles que seriam “complementares” à dignidade da pessoa humana. Assim, na categoria dos direitos e deveres essenciais, Paulo Otero inclui três grupos distintos, incluindo “os direitos e deveres pessoais”, “os direitos e deveres sociais” e “os direitos e deveres políticos”, revelando que a marca dos direitos fundamentais, à luz da dignidade da pessoa humana, tem a ver com sua relevância para a existência humana. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., pp. 572/574.

dignidade<sup>113</sup>, o autor alemão elevou o pensamento social acerca da temática, considerando que a dignidade não se resumiria ao conteúdo romano do termo *dignitas*<sup>114</sup>. Antes, porém, como ressalta Jorge Reis Novais, a dignidade consistiria no resultado das conquistas sociais alcançadas com base no alargamento a todos os cidadãos do “estatuto e dos privilégios outrora reservados só a alguns”<sup>115</sup>.

É exatamente por conta desta ampliação de entendimento acerca do valor e relevância da pessoa humana, segundo o qual cada indivíduo deve ter autonomia<sup>116</sup> e tratamento de igual forma, independente da origem, classe social e ocupação, que as condições sociais de vida passaram a ser alvo de preocupação e responsabilidade do Estado, ainda que de forma tímida no século XIX.

De qualquer forma, o reflexo da dignidade da pessoa humana vem a ser perspectivado com o indivíduo sendo considerado como finalidade do Estado. A partir de então, uma série de outras transformações foram sentidas, nomeadamente no que concerne à regulação do trabalho operário, melhoramento das condições sanitárias e, mais

---

113 Após estabelecer o indivíduo como fim em si mesmo, Kant, em sua *Fundamentação da Metafísica dos Costumes* de 1785, assenta que tudo teria “ou um preço ou uma dignidade”, sendo que somente a humanidade, “enquanto capaz de moralidade”, seria a única detentora de dignidade. Cf. IMMANUEL KANT, *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*, tradução de Paulo Quintela, Lisboa, Edições 70, 1995, pp. 77 e ss. Neste ponto, importante fazer o registro do pensamento de Giovanni Pico Della Mirandola, para quem a “natureza indefinida” do homem o diferenciava das demais espécies da criação divina, permitindo-lhe ser o “árbitro e soberano artífice” de si mesmo. Para o autor renascentista, o poder de escolha era inerente ao homem, cuja liberdade teria sido deixada na própria criação divina. Cf. GIOVANNI PICO DELLA MIRANDOLA, *Discurso sobre a dignidade do homem*, Edição Bilingue, tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho, Textos Filosóficos, Edições 70, 1989, pp. 51/53.

114 Segundo Jorge Reis Novais, a noção de *dignitas*, na Roma antiga, estava relacionada ao *status* ocupado por alguém em razão de um “estatuto pessoal superior”, exigindo-se, por tal circunstância, uma posição de respeito em face do demais. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, Vol. 1, Dignidade e Direitos Fundamentais*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 34. No mesmo sentido, cf. INGO WOLFGANG SARLET, *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*, 10ª ed. rev. atual. e ampl., Porto Alegre, Livraria do Advogado Editora, 2015, pp. 33 e ss. De se registrar, embora o conceito de dignidade advenha, sobretudo, do século XVIII, que a compreensão do homem já no início do Cristianismo, à imagem e semelhança de Deus, conferia-lhe, como reconhece António Truyol y Serra, um “resplendor divino”. Segundo o autor, “pela sua alma espiritual e imortal, o homem converte-se em pessoa, ser dotado de valor próprio, de dignidade intrínseca”. Cf. ANTÓNIO TRUYOL Y SERRA, *História da Filosofia do Direito e do Estado*, 7ª edição, tradução portuguesa de Henrique Barrilero Ruas, Madrid, Alianza Editorial, S.A, 1982, p. 194.

115 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana, Vol. 1, op. cit.*, pp. 36/37.

116 Ao consignar que a dignidade é responsável pelo respeito à liberdade da pessoa, por sua autonomia, Jorge Miranda elenca vários dispositivos das Constituições portuguesa e brasileira que refletem esta força na proteção dos direitos fundamentais. Cf. JORGE MIRANDA, “A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil”, *op. cit.*, p. 516.

profundamente, com o alargamento do sufrágio, ocasião em que o indivíduo passaria a exercer sua autodeterminação e autonomia.

Inobstante as alterações já sentidas no século XIX, fruto da incidência da nova corrente de pensamento que buscava a materialização da dignidade da pessoa humana, tem-se, contudo, que somente com a positivação do princípio nas Cartas Constitucionais do século XX foi que este valor absoluto passou a regular com mais determinação as diversas relações do indivíduo. Isto decorreu, sobretudo, em face do tratamento dispensado pelo Estado Social<sup>117</sup>, o qual, agora, passou a ser orientado pelo indivíduo como finalidade em si mesmo, compreendendo-se a dignidade como garantia no melhoramento das condições de vida<sup>118</sup>.

### 3.2. Dignidade da pessoa humana e o princípio da igualdade fática

Fundado na concepção da igual dignidade de todos<sup>119</sup>, o princípio da dignidade da pessoa humana só teria repercussão prática se, efetivamente, o indivíduo fosse considerado em sua igualdade e sujeito, evocando, como pontua Jorge Reis Novais, uma “atribuição geral e universal de direitos”<sup>120</sup>. Nesta nova concepção, restariam jungidas ao passado as diferenças de tratamento em razão de hierarquia e privilégio.

A grande questão é que a nova perspectiva traçada pela dignidade da pessoa humana trazia um conteúdo não apenas teórico, mas, sobretudo, de exercício real, conferindo ao indivíduo uma capacidade de se auto desenvolver, exercitando sua autonomia e capacidades. É bem verdade que a liberdade alcançada nas revoluções liberais de finais do

---

117 Na visão de Jorge Miranda, apenas com o surgimento do Estado social de Direito, em especial após as Constituições e textos internacionais que vieram em seguida à segunda guerra mundial, é que foi estabelecida uma ligação “jurídico-positiva entre direitos fundamentais e dignidade da pessoa humana”. Até então, o autor reconhece que as concepções doutrinárias da dignidade, “de matriz religiosa ou filosófica”, não estariam acompanhadas de um catálogo de direitos fundamentais. Cf. JORGE MIRANDA, “A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 167/176, 2ª ed. atualizada e ampliada, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 168.

118 Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 562.

119 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, op. cit., pp. 31 e ss.

120 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, op. cit., p. 32.

século XVIII em muito avançou nesta seara. Contudo, os direitos ali alcançados favoreciam uns poucos indivíduos que através de critérios de “pertencimento” se enquadravam nos requisitos exigidos para o exercício daquele mister<sup>121</sup>.

Não bastasse isto, a maior parte da população estava renegada a condições de sobrevivência desumanas, em especial pela exploração do trabalho, pela deficiência de moradia, pela inacessibilidade ao ensino e por total descuido no acesso à saúde. Não por acaso, pode-se concluir que os ganhos das revoluções liberais, como liberdade, segurança e propriedade<sup>122</sup>, em nada alcançavam ou beneficiavam o indivíduo que não dispusesse das condições financeiras que lhe oportunizasse o acesso aos serviços ali dispostos<sup>123</sup>.

Assim, o desafio àquela altura não era simplesmente consignar um rol de direitos em favor do indivíduo, haja vista que estes direitos somente poderiam ser exercitados ou desfrutados se houvesse o acesso do indivíduo às condições mínimas de vida que lhe proporcionassem a capacidade de fazer escolhas. Em verdade, de nada adiantaria considerá-lo igual se sua condição pessoal o excluía da capacidade de agir em igualdade de oportunidades.

É exatamente neste cenário, com vistas à elevação da condição do indivíduo, que a dignidade da pessoa humana teve papel fundamental na forma de encarar a igualdade. Não bastaria a previsão de uma isonomia legal e formal. Seria necessária a efetivação desta igualdade através de condições mínimas que conferissem ao indivíduo uma elevação de sua existência ao ponto de ter condições de se auto determinar, de exercer sua autonomia e, com isso, agir segundo os princípios e orientações de sua consciência<sup>124</sup>. Era necessário igualar para libertar<sup>125</sup>.

---

121 Destaca Paulo Bonavides que somente com a consolidação da crença de que todos os “homens nascem iguais”, inexistindo predeterminação da posição que cada um ocupará no espaço sociopolítico no curso da vida, é que o princípio da igualdade alcançou “a força e a legitimidade que desfruta até hoje”. Cf. PAULO BONAVIDES e PAES DE ANDRADE, *História Constitucional do Brasil*, op. cit., p. 487.

122 De fato, no Estado Liberal os direitos fundamentais eram identificados, sobretudo, pelas liberdades negativas à disposição dos cidadãos autossuficientes, protegendo-os contra as ações do Estado. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 64.

123 Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, op. cit., p. 54.

124 Cf. IMMANUEL KANT, op. cit., pp. 85 e ss.

125 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 123. De se ressaltar que esta compreensão quanto à intrínseca relação entre igualdade e liberdade já era reconhecida por Condorcet antes mesmo das revoluções liberais. Ao destacar o pensamento de Condorcet, Susana Videira

### 3.2.1. Igualdade como necessidade do indivíduo

Como visto, mesmo após as revoluções liberais, grande parte da população não tinha encontrado respostas para melhoria da qualidade de vida. As conquistas alcançadas limitavam-se a direitos de liberdade, acreditando-se que a limitação do Estado pelo novo sistema de regras imposto seria suficiente para proporcionar um avanço e melhorar a qualidade de vida do indivíduo, já que, agora, teria o direito de ir e vir, bem como liberdade de comércio, segurança e proteção da propriedade.

Inobstante estes avanços alcançados pelas revoluções liberais, não demorou muito para se aperceber que a vitória era parcial e auferida apenas por uma pequena parte da população, já que aquelas conquistas em nada beneficiavam o indivíduo que necessitava de moradia, ensino, saúde e proteção em suas relações sociais, nomeadamente o trabalho. O conceito de independência individual - que para Constant seria “a primeira das necessidades modernas”<sup>126</sup> - não era alcançado apenas com a promessa de respeito à liberdade, já que o exercício deste direito dependia de uma condição social mínima do indivíduo<sup>127</sup>.

Era necessário proporcionar um mínimo de condição do indivíduo desassistido para que, efetivamente, houvesse condição de exercer seus direitos<sup>128</sup>. Isto somente seria possível se a promessa de igualdade formal se materializasse através de medidas e políticas capazes de conferir uma igualdade de fato, já que sem moradia, saúde, ensino e trabalho seria impossível ao indivíduo exercer seus direitos em igualdade de condições.

Como se observa, a discussão que se travava não era uma questão de primazia ou preferência entre os direitos postos. Em verdade, a insatisfação social representava uma

---

ressalta que “sem igualdade não existe liberdade nem, tão pouco, paz e felicidade”. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...* *op. cit.*, p. 229.

126 Cf. BENJAMIN CONSTANT, *op. cit.*, p. 92.

127 De fato, a irradiação da dignidade da pessoa humana vai além da proteção contra condutas capazes de gerar um tratamento degradante. Na perspectiva dos direitos sociais, a força da proteção conferida pelo princípio em causa decorre da salvaguarda de condições de vida capazes de “assegurar liberdade e bem-estar”. Cf. JORGE MIRANDA, “A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil”, *op. cit.*, p. 517.

128 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 79.

necessidade indissociável da independência do homem, cujo alcance somente seria possível se a liberdade e a igualdade caminhassem em convergência, como vetores de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, valor maior que reclamava a elevação da existência humana<sup>129</sup>.

Com efeito, o alcance pleno da condição humana sem os dois direitos materializados é uma promessa vazia, não havendo sucesso no alcance de um sem a correspondente elevação do outro. Neste sentido, na hipótese de um cenário de liberdade sem igualdade, pode-se antever profundas disparidades em detrimento dos menos assistidos. Em contrapartida, um ambiente de igualdade sem liberdade impõe ao indivíduo o julgo do autoritarismo, deixando, em ambas as situações, um déficit na existência humana. Assim, inexistente a possibilidade de a dignidade da pessoa humana ser respeitada em um Estado cuja promoção da liberdade e da igualdade não ocorra na mesma medida.

Se a liberdade representava o grande desejo no primeiro estágio do Estado de Direito, sem dúvida a busca por igualdade figurou como a maior necessidade tão logo as expressões de liberdade passaram a ser usufruídas. Esta relação indissociável, como lembra Susana Videira ao ponderar os argumentos de Condorcet sobre a igualdade, conduzia a uma mútua vinculação entre os conceitos, surgindo a igualdade não apenas como condição de liberdade, mas também “como seu sinônimo”<sup>130</sup>.

---

129 Ao analisar o princípio da dignidade da pessoa humana à luz da Constituição portuguesa de 1976, Jorge Miranda reconhece que, direta ou indiretamente, tanto os “direitos, liberdades e garantias pessoais” quanto os “direitos económicos, sociais e culturais comuns tem a sua fonte ética na dignidade da pessoa, de todas as pessoas”. Cf. JORGE MIRANDA, “A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais”, *op. cit.*, p. 169.

130 Cf. SUSANA ANTASVIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...* *op. cit.*, p. 229.

### 3.2.2. Igualdade formal e igualdade fática

O grande desafio seria, portanto, efetivar a igualdade indispensável à concretização da dignidade da pessoa. Enquanto, àquela altura, entendia-se como objetivo o simples reconhecimento dos direitos de liberdade, pois bastaria a positivação legal para o exercício do “direito de agir”, percebeu-se que a igualdade não era atingível por uma mera declaração legal, havendo necessidade de medidas estatais com vistas a tornar o cenário individual mais próximo do necessário ao livre exercício das “potencialidades” humanas<sup>131</sup>.

Assim, se para os direitos de liberdade bastaria a proteção legal, através do reconhecimento dos direitos de ir e vir, da proteção da segurança e da garantia da propriedade, franqueando, no máximo, uma estrutura capaz de apreciar eventual pleito neste sentido, a igualdade dependia de algo mais amplo. Além de ser positivada na Lei, a igualdade exigia um mínimo de condições que permitisse o indivíduo fazer, autonomamente, suas escolhas<sup>132</sup>, porquanto, segundo o pensamento de Jorge Miranda, uma sociedade igual somente é alcançada se seus membros tiverem “o direito de ser iguais”, sem o qual a própria “igualdade ficaria privada de efeito”<sup>133</sup>.

Apesar de, atualmente, estas considerações pouco terem relação com o contexto social, sobretudo em países mais desenvolvidos<sup>134</sup>, o certo é que o cenário do século XIX e início do século XX convivia com um sistema de profundas desigualdades,

---

131 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 123.

132 Na visão de Catarina Santos Botelho, ao refletir sobre os amplos aspectos do princípio da igualdade e seu conteúdo constitucional, haveria uma relação de profunda ligação entre a igualdade e a existência de direitos sociais. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 469.

133 Cf. JORGE MIRANDA, “Sobre o Princípio da Igualdade”, in *Democracia e Direitos Fundamentais, uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides* / organização Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo e Alcimor Rocha Neto... (et al.), pp. 423/451, 1ª. ed., São Paulo, Atlas, 2016, p. 428.

134 Ainda que os problemas sociais sejam mais afetos aos países menos desenvolvidos, Ingo Wolfgang Sarlet adverte que a crise da “falta de efetividade dos programas sociais” também tem alcançado os países ricos, inclusive a Europa. Destaca, para tanto, o desemprego, o aumento da criminalidade, grande número de pessoas dependentes de programas sociais, etc. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na ‘aplicabilidade imediata’ das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, pp. 881/914, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 883/884.

impossibilitando o livre exercício dos direitos de liberdade de forma ampla e universal<sup>135</sup>. Por tais razões, em especial pela promoção da dignidade da pessoa humana, o Estado passou a ter como tarefa a efetivação da igualdade fática, entendida como um conjunto de serviços minimamente ofertados ao indivíduo que lhe permitissem agir em igualdade de condições nas diversas circunstâncias da vida.

Para tanto, o reconhecimento dos direitos e sua normatização eram passos importantes, porém insuficientes. Além de positivada, a efetivação da igualdade carecia da adoção de medidas concretas no sentido de promover o acesso do indivíduo a recursos e bens palpáveis, muitas vezes dispendiosos, a fim de que pudesse desfrutar de uma condição de existência humanitária digna, capaz de lhe oportunizar o exercício de seus direitos de liberdade<sup>136</sup>.

### **3.3. Dignidade como fundamento da evolução da condição humana**

A análise da dignidade da pessoa humana evidencia que os valores emanados do princípio em causa alcançam todas as esferas da vida humana, protegendo o indivíduo contra ações que o submetam a limitações ofensivas, degradantes e atentadoras a uma vida digna. O desafio contudo, é compreender que a satisfação ou bem estar do indivíduo não é alcançada com a simples garantia de agir, de fazer e de exercer seus direitos. Isto importa, contudo, não é suficiente.

Por conta das carências humanas suportadas no curso da história, tendo a humanidade experimentado as mais diversas privações, tem-se que o pensamento do Estado moderno avançou para não mais aceitar formas de vida degradante, em especial pela falta de acesso a bens indispensáveis da existência humana. Esta conclusão foi alcançada num

---

135 Para Rodolfo Arango, os dilemas dos direitos sociais são, em geral, vividos pelos países subdesenvolvidos, haja vista que os países desenvolvidos já alcançaram um nível de satisfação e acesso social que não impõem restrições nesta área. Cf. RODRIGO ARANGO, *Direitos Fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia*. Disponível em [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603264.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603264.pdf), p. 89. Consulta realizada em 31 de agosto de 2017.

136 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 315.



momento de profunda alteração da estrutura política, quando o Estado passou a servir, garantir e assumir a responsabilidade pela regulação das relações sociais e proteção do indivíduo<sup>137</sup>.

Com efeito, esta mudança trouxe ganhos, sobretudo, na forma de encarar a vida humana. A necessidade de mudança da realidade enfrentada pelo indivíduo fez do Estado um agente de transformação, passando a agir com vistas ao melhoramento das condições de vida<sup>138</sup>. Sem qualquer dúvida, embora grande parte da ação do Estado tenha ocorrido como resposta aos movimentos sociais que reivindicavam melhor condição de vida, pode-se afirmar que o fundamento das medidas buscadas encontravam guarida no princípio da dignidade da pessoa humana<sup>139</sup>.

Em que pese estas mudanças tenham ocorrido de forma paulatina, sem sequer haver reconhecimento formal do princípio nas Constituições anteriores à segunda guerra mundial, salvo raras exceções<sup>140</sup>, pode-se afirmar que era a noção do valor da dignidade humana que justificava um melhoramento na condição de vida do indivíduo. Assim, a vida já não mais poderia coexistir com o descaso total frente às necessidades mais básicas do indivíduo.

O acesso a bens e recursos, além de regulação de atividades, era fundamental para uma vida apta a promover a dignidade humana. Assim, era necessário providenciar ensino, saúde, moradia e trabalho digno, agindo o Estado como fiscal, regulador e prestador das atividades e das demandas mais básicas do indivíduo, a fim de que, efetivamente, a existência humana fosse elevada.

---

137 Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, op. cit., pp. 313/314.

138 Cf. JORGE MIRANDA, “A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil”, op. cit., p. 519.

139 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, op. cit., p. 36.

140 Neste domínio, pode-se creditar à Constituição finlandesa de 1919 a primeira menção à “dignidade”, seguindo-se, com o uso da mesma expressão, da Constituição de Weimar daquele mesmo ano. Contudo, como ressalta Jorge Reis Novais, apenas com a Constituição Irlandesa de 1937 foi que, pela primeira vez, houve referência do constitucionalismo à dignidade da pessoa. Logo em seguida, com o fim da segunda guerra, as Constituições que se seguiram passaram a adotar comumente o princípio da dignidade da pessoa humana. Registre-se, ainda, que a Constituição brasileira de 1934 adotou, ainda que tratando da ordem econômica, a necessidade de proporcionar uma “existência digna” a todos (artigo 115). Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, op. cit., pp. 48/49.

Não é sem causa, portanto, que os direitos sociais são uma decorrência natural da concretização do princípio da dignidade da pessoa humana. Sem estes direitos, a vida era limitada e degradante, vulnerável a toda e qualquer intempérie. Não havia assistência, tampouco esperança de dias melhores. Com a proteção das condições mínimas de existência, inclusive com a promoção dos direitos sociais, a vida passou a ser concebida com valor e significado, permitindo que o indivíduo dela usufruísse, colaborando, inclusive, com o desenvolvimento da sociedade.

#### **4. Relação entre direitos sociais e direitos de liberdade**

O estudo da temática dos direitos fundamentais permite a conclusão segundo a qual as necessidades do indivíduo possuem relação direta com o “ser”, com a pessoa, de forma indivisível. A compreensão da impossibilidade existencial digna de um indivíduo com liberdade, mas sem igualdade, ou de uma pessoa com igualdade, mas sem liberdade, conduz ao inevitável reconhecimento de que a atenção em favor do indivíduo há de ser integral, alcançando as diversas fronteiras da vida humana, na medida em que o Estado deve agir “guiado pelo valor da justiça material”<sup>141</sup>.

Ao perceber esta situação de profunda ligação entre os direitos em causa, pode-se concluir que tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais atuam em função do mesmo propósito, inexistindo relação de preferência ou primazia entre ambos. Em verdade, como adverte J.J. Gomes Canotilho, existe “uma relação indissociável” entre estas esferas de direitos<sup>142</sup>, sem a qual a oferta de uns direitos desacompanhada da proteção efetiva de outros inviabiliza o desfrute de quaisquer deles, tornando a vida humana limitada em seu conjunto.

---

141 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 63.

142 Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 480.

Sem necessidade de maiores alongamentos acerca da relação intrínseca entre liberdade e igualdade, já que a matéria recebeu atenção específica em tópicos anteriores, importa observar, neste momento, que a materialização destes princípios em muito acontece através da garantia, proteção e promoção dos direitos de liberdade e sociais. Assim, longe de enfrentarem relação de distanciamento, diferenciação ou “contraposição”<sup>143</sup>, os direitos fundamentais não devem ser classificados internamente pelo suposto grau de preferência para a vida humana, mas sim em função da área de atuação que cada um alcança na elevação da existência do homem.

Nesta perspectiva, inexistente, ao certo, como reconhece Rui Medeiros, uma superioridade interna entre os direitos de liberdade e os direitos sociais, nomeadamente porque ambos tem por fundamento e irradiam a materialização da dignidade da pessoa humana, não havendo como uns serem mais notáveis ou importantes que outros<sup>144</sup>. O que há, em verdade, é a necessidade individual de cada pessoa, num determinado espaço de tempo, frente a determinadas circunstâncias<sup>145</sup>.

Assim, se para uns a ofensa à dignidade decorre de uma privação injusta e ilegal de liberdade, é este direito fundamental que carece de proteção e exigência perante o Estado, porquanto é a privação do direito de ir e vir que está a limitar sua condição humana. Já no caso de uma pessoa que está a sofrer uma privação de saúde, por total desassistência estatal, é esta necessidade fundamental que precisa ser suprida, sob pena de experimentar o indivíduo uma condição degradante.

---

143 Ao perspectivar o tema, Rui Medeiros adverte para a inexistência de contraposição de ideias quando o estudo se trata dos direitos sociais e os direitos de liberdade. Para o autor, “a criação de condições para uma existência condigna” não se restringe à ideia de “igualdade social ou de solidariedade”, estando, em verdade, “igualmente orientada para a efetivação das liberdades fundamentais”. Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, *op. cit.*, p. 660.

144 Nas palavras de Rui Medeiros, o sistema de direitos fundamentais, “num plano axiológico”, não permite “*a priori* e em abstracto um primado dos direitos, liberdades e garantias sobre os direitos sociais”. Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, *op. cit.*, p. 661.

145 Na visão de Jorge Miranda, os direitos de liberdade proporcionam uma garantia de “liberdade atual”, defendendo a vida imediata do arbítrio do poder, enquanto que os direitos sociais permitem uma “liberdade mais ampla e efetiva que se começa a realizar”, proporcionando a esperança de uma vida melhor. Cf. JORGE MIRANDA, “Estado Social, crise económica e Jurisdição Constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direitos da Universidade de Lisboa*, Vol. LV – nº 1 e 2, Separata, pp. 375/403, Coimbra, Coimbra editora, 2014, p. 377.

Note-se, em resumo, que em ambas as situações não há direito mais ou menos relevante, direito com maior ou menor grau de fundamentalidade do que outro. O que existe, sem qualquer dúvida, é uma necessidade específica de cada um que precisa receber a mesma atenção do Estado, embora, obviamente, a atuação estatal exija a adoção de medidas diversas para o enfrentamento adequado de cada uma das carências.

Esta constatação remonta à conclusão inicial, segundo a qual os direitos sociais existem para proporcionar igualdade fática, a fim de que o indivíduo possa autonomamente exercer sua liberdade de forma plena<sup>146</sup>. Neste paralelo entre liberdade e igualdade, Canotilho ressalta que os direitos sociais pressupõem uma “liberdade”, enquanto que os direitos associados à liberdade apontam para uma “igualdade real”<sup>147</sup>. Haveria, portanto, uma indissociável ligação entre a “liberdade igual” e a “igualdade real”.

Na visão de José Casalta Nabais, todos os direitos fundamentais estariam a serviço da liberdade<sup>148</sup>, inclusive os direitos políticos e os sociais. De fato, a considerar o próprio fundamento de existência dos direitos sociais e de liberdade como fundamentais, de logo se apercebe que não haveria distinção quanto à natureza dos mesmos, pelo que o Estado teria o dever de respeitá-los indistintamente<sup>149</sup>.

A diferença, portanto, gravitaria em função da medida a ser buscada, o que não significa qualquer vantagem ou desvalor de qualquer dos direitos fundamentais. Assim, na visão de Jorge Miranda, enquanto os direitos de liberdade estariam voltados diretamente para a proteção contra ofensas do Estado, despertariam no indivíduo o “direito de agir” contra a “agressão”. Por sua vez, os direitos sociais, situados na perspectiva da indispensável atenção devida ao indivíduo para o melhoramento de sua condição de vida, albergariam um “direito de

---

146 Na visão de Canotilho, a “liberdade-igual” pressupunha uma ordem “jurídico-constitucional de reciprocidade”. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, “Metologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, pp. 97/114, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, p. 106.

147 Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e teoria da constituição*, op. cit., p. 480.

148 Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, op. cit., p. 87.

149 Melhor analisando a perspectiva do dever do Estado, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., pp. 311/312.

exigir” em face do Estado<sup>150</sup>.

## 5. Classificação dos direitos como negativos e positivos

Ao analisar a questão sob a perspectiva das ações esperadas do Estado<sup>151</sup>, talvez haja uma inclinação natural para perceber que os direitos de liberdade conferem um direito de agir ao indivíduo frente ao Estado, a quem caberá o dever de abstenção. Seria, portanto, um direito negativo, sem necessidade de uma prestação direta, pois estaria satisfeito com a simples defesa em face do Estado, através de uma abstenção deste. Por sua vez, os direitos sociais, na famosa classificação dos direitos de prestação, exigiriam do Estado uma ação no sentido de promover o direito reivindicado. Esta prestação configuraria um “fazer”, caracterizando, assim, um direito positivo do indivíduo.

Embora esta seja uma divisão comum na tentativa de classificar e definir os direitos fundamentais, diferenciando-os como negativos (ou de defesa) e positivos (ou de prestação)<sup>152</sup>, a evolução do tema e sua concretização na moderna realidade do Estado de Direito tem revelado que esta não seria a melhor abordagem, nomeadamente porque reduziria os direitos fundamentais a duas categorias estanques de direitos que estariam satisfeitas com a ação ou abstenção do Estado, não adentrando nos detalhes e peculiaridades inerentes a cada situação.

Para melhor compreensão do reducionismo desta classificação, basta considerar que a garantia de vários direitos de liberdade está sujeita a um agir do Estado, não sendo plenamente exercitável com a mera abstenção do ente estatal. Neste sentido, a garantia

---

150 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 128.

151 Sobre a doutrina dos *status* de Jellinek, Jorge Reis Novais aborda a questão da divisão proposta entre direitos positivos e negativos. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, pp. 135 e ss. Ainda sobre o assunto, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 128. Ver, por fim, a análise da teoria dos *status* de Jellinek na perspectiva de Alexy. Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, pp. 254/275.

152 Sobre a posição de alguns acerca de uma “distinção capital” entre os direitos fundamentais ancorada na divisão entre direitos negativos e positivos, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, pp. 367 e ss.

e a proteção dos direitos de liberdade, como liberdade de expressão, inafastabilidade do acesso à justiça, exercício da cidadania através do voto, dentre tantos outros, exigem do Estado uma ação efetiva através de uma estrutura física e humana que permita ao indivíduo demandar em defesa de seu direito, não bastando, assim, uma simples abstenção do Estado<sup>153</sup>.

Por outro lado, os direitos sociais, embora tradicionalmente considerados como essencialmente positivos, exigem, em várias circunstâncias, a abstenção do Estado, refletindo aquilo que seria interpretado como uma característica de um direito de liberdade. À guisa de ilustração, tome-se como exemplo a garantia e a proteção do direito ao trabalho, lazer, moradia, saúde, dentre outros, os quais, quando diretamente custeados pelo próprio indivíduo, não podem, em princípio, ser embaraçados pela ação do Estado<sup>154</sup>.

Ao considerar a “natureza da posição jurídico-subjetiva reconhecida ao titular do direito”, Ingo Wolfgang Sarlet sustenta que os direitos sociais tanto abrangem direitos prestacionais, assumindo aí um caráter positivo, quanto alcançam posições defensivas, numa clara atuação negativa. Da mesma forma, o autor reconhece que os direitos de liberdade também assumem uma dimensão ativa, na medida em que caberia ao Estado uma atuação positiva na efetivação destes direitos<sup>155</sup>.

De qualquer sorte, esta divisão em direitos positivos e negativos tem conduzido outros debates, notadamente a respeito dos custos dos direitos, tornando o tema limitado no que pertine a seus reais e efetivos resultados, já que a desconsideração da natureza dúplice de ambos os direitos acaba por restringir os direitos fundamentais a posições estanques e sujeitas a abordagens que os limitam em sua efetividade.

Por tais razões, mais razoável do que traçar uma divisão fundada entre o “agir” e o “não agir” estatal, ou mesmo na “abstenção” ou “prestação” da atuação do Estado, afigura-se mais consentâneo e esclarecedor analisar os direitos de liberdade e sociais sob o ponto de vista da posição estatal a ser exigida em cada um dos direitos. Para tanto, leva-se em

153 Neste sentido, destaca Cristina Queiroz que a garantia dos “clássicos direitos de defesa” requerem do Estado “não apenas proibições de interferências dos poderes públicos”, sendo necessário providenciar “numerosas e complexas condições institucionais do respectivo exercício e garantia”. Cf. CRISTINA QUEIROZ, *op. cit.*, p. 07.

154 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 376.

155 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988: Resistências à sua Eficácia e Efetividade”, *op. cit.*, p. 294.

consideração que ambos se tratam de direitos fundamentais, devendo a atuação do Estado variar, unicamente, de acordo com as circunstâncias e posição enfrentada pelo indivíduo.

Assim, sobretudo na apreciação judicial das normas de direitos sociais, como será abordado na segunda parte desta obra, a diferenciação entre direitos “negativos” e “positivos” não oferece subsídios dogmáticos para seu enquadramento a nível de direitos fundamentais, estando muito mais associada à ação do Estado e aos custos envolvidos nas tarefas correspondentes, do que propriamente na natureza do direito em questão e sua necessidade para o indivíduo<sup>156</sup>.

---

156 Neste sentido, Jorge Reis Novais destaca que as mudanças ocorridas no Estado Constitucional no século XX promoveram uma ampliação significativa no elenco dos direitos fundamentais e na concepção sobre a atuação do Estado, podendo observar “uma tendencial e inevitável unificação dogmática no tratamento jurídico-constitucional de direitos de liberdade e de direitos sociais”. Assim, sobretudo nos países que positivaram os direitos sociais no Texto Constitucional, ressalta o autor que a “unificação dogmática é uma inevitabilidade lógica”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, pp. 306/307.

### CAPÍTULO III

#### APLICABILIDADE DOS DIREITOS SOCIAIS

*“Portanto, independentemente da formulação constitucional encontrada, todas as normas de direitos fundamentais são reconduzíveis a uma estrutura típica cujo conteúdo consiste na imposição ao Estado de obrigações ou deveres de que, directa ou indirectamente, resultam para os particulares posições de vantagem juridicamente tuteladas, ou seja, os direitos fundamentais”.* - JORGE REIS NOVAIS<sup>157</sup>

#### 1 – Efetividade dos direitos sociais

Apesar de o estudo das relações jurídicas demandar uma série de apreciações que se estendem desde a Sociologia, Filosofia, História, passando por outras ciências até chegar propriamente à norma<sup>158</sup>, o certo é que uma das searas mais angustiantes na identidade do ato normativo é buscar a dimensão de sua efetividade nas relações humanas e, propriamente no campo dos direitos fundamentais, na relação entre o indivíduo e o Estado, já que este é o destinatário primário das normas de direitos fundamentais<sup>159</sup>.

---

157 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, op. cit., p. 54.

158 Sobre a hermenêutica jurídica e o avanço da filosofia no século XX, cf. LÊNIO LUIZ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, 4ª ed., São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2014, pp. 34/35.

159 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente ...*, op. cit., p. 53.



Na apreciação das normas de direitos sociais não poderia ser diferente<sup>160</sup>. A natureza jusfundamental da norma, como ressalta Jorge Reis Novais, atua como “uma força conformadora” que alcança toda esfera de aplicação do direito, emanando “directivas de actuação” que se projetam desde o poder político (Executivo e Legislativo) até o Poder Judiciário<sup>161</sup>.

De qualquer sorte, ainda que compreendidas nestes termos, as normas de direitos sociais comumente tem sido renegadas a um tratamento inferior, secundário, como houvesse possibilidade de tratamento diferenciando entre normas de mesma natureza. Sem a devida compreensão do tema, tanto em sua origem quanto em sua estrutura positivada, por vezes o preceito normativo é alvo de interpretação que, *a priori*, sujeita os direitos sociais a uma posição destituída da natureza que lhe é essencial.

Face a tudo o isto, e até com o propósito de manter a coerência da unidade constitucional, torna-se imprescindível balizar o alcance da efetividade dos direitos sociais. Para este propósito, não basta qualificá-los como um conceito especial, tampouco será suficiente uma positivação que não resulte numa perspectiva de efetividade, uma vez que a proposta dos direitos fundamentais é exatamente garantir e proteger os bens mais indispensáveis da vida humana.

De se antecipar, por oportuno, que a opção dogmática sustentada neste trabalho acolhe os direitos sociais como materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, pelo que representam verdadeiros direitos fundamentais. Como decorrência desta natureza jusfundamental, é inegável que a efetivação das normas próprias de direitos sociais devam seguir o mesmo tratamento jurídico-constitucional<sup>162</sup>.

---

160 Destaca Catarina Santos Botelho que o cenário atual depara-se com uma “realidade jurídico-constitucional complexa, insatisfeita e asfixiada por questões económicas, financeiras e políticas” que afetam diretamente o Estado social. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os direitos sociais...*, *op. cit.*, p. 31.

161 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, *op. cit.*, p. 80.

162 Reconhecendo os direitos sociais como autênticos direitos fundamentais, cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, *op. cit.*, p. 289.

## 2. A positivação dos direitos sociais

Ainda que não seja objeto da presente investigação o estudo individualizado dos direitos sociais contemplados nas normas respectivas, já que o objetivo do trabalho é restrito à compreensão da teoria dos direitos sociais, importa reiterar, como já estudado em tópicos pretéritos<sup>163</sup>, que a constitucionalização dos direitos sociais inicia-se com a Constituição mexicana de 1917, sendo que somente após a segunda guerra mundial foi que a maior parte das nações ocidentais passou a garantir estes direitos em nível Constitucional<sup>164</sup>.

É bem verdade que já haviam normas de direitos sociais esparsas em alguns Ordenamentos, mas, como ressalta Konrad Hesse, apesar de razões históricas e culturais justificarem a positivação dos direitos sociais, somente a posição de vantagem no preceito constitucional é capaz de conferir a natureza jusfundamental<sup>165</sup>. De fato, como assinala Canotilho, é necessário que o direito fundamental seja positivado numa posição superior no Ordenamento, ou seja, nas normas constitucionais<sup>166</sup>.

Por sua vez, Catarina Santos Botelho adverte não ser suficiente a enunciação constitucional dos direitos sociais para expressar, de plano, a dimensão social do Texto Constitucional, até porque o Estado Social seria muito mais amplo do que a noção de direitos sociais<sup>167</sup>. De fato, a observação da autora é pertinente, até porque o exemplo da Alemanha se apresenta emblemático no campo da efetivação de direitos sociais sem que estes tenham lugar de forma expressa no corpo da Constituição.

163 Vide item 4, do Capítulo I, do Título I.

164 Apesar de se autoproclamar um Estado Social (artigo 20), a Lei Federal da Alemanha não adotou uma sistematização de direitos sociais. Longe de ser um esquecimento ou mesmo uma discordância do modelo de Estado, adverte Jorge Reis Novais que esta foi uma decisão intencional do Legislador alemão por não estar seguro de que a positivação constitucional dos direitos sociais fosse a melhor forma de normatizar a matéria, haja vista “a especificidade estrutural destes direitos”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 86. Ainda sobre o contexto alemão e a compreensão dos direitos sociais, cf. CRISTINA QUEIROZ, op. cit., pp. 63/64.

165 Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, op. cit., p. 26.

166 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 377.

167 A autora cita, como exemplo, a Lei Fundamental alemã, a qual não adotou uma sistemática de positivação de direitos sociais em seu texto, mas o Estado desenvolve uma política de proteção aos direitos sociais muito superior a vários outros Estados que trouxeram a previsão em suas Constituições. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., pp. 165/166.

De qualquer sorte, inobstante possa ser encontrado um ou outro Ordenamento com esta característica jurídico-política, o certo é que a relevância dos direitos sociais como fundamentais requer exatamente o reconhecimento expresso, a posição de vantagem que só a norma Constitucional pode conferir. Em regra, somente através desta positivação é que, efetivamente, disporá o indivíduo de uma proteção segura, um direito que proporcione um verdadeiro trunfo perante o Estado<sup>168</sup>.

Como se observa, a positivação dos direitos fundamentais não consiste numa simples declaração de vontade pelo Estado, tampouco uma mera formalidade na organicidade do Ordenamento. Em verdade, é através do firmamento expresso da natureza fundamental dos direitos reconhecidamente indispensáveis para a existência digna da pessoa humana que se concebe a real proteção do indivíduo, o qual poderá se utilizar da garantia constitucional contra atos estatais que possa, inclusive, refletir o desejo da maioria.

Esta é, sem dúvida, a maior virtude do direito fundamental expressamente consignado constitucionalmente: servir como verdadeira garantia, uma espécie de trunfo a possibilitar a defesa da posição individual conferida, a despeito dos interesses e normas contrários. Constitui, assim, como ressalta Vieira de Andrade, “um núcleo restrito que se impõe a qualquer ordem jurídica”<sup>169</sup>.

Claro está – e isto faz parte da própria essência do Direito – que a garantia conferida ao indivíduo, ainda que detentora de natureza jusfundamental, pode ter que ceder em face de determinadas circunstâncias especiais, especialmente quando se está diante de conflito entre direitos de mesma força constitucional. Obviamente, esta cedência não está relacionada à fragilidade da garantia em questão, tampouco ao apoio popular da medida restritiva, mas sim à necessidade de compatibilização do direito fundamental reivindicado com outros direitos qualificados como “igualmente dignos de proteção jurídica”, como

---

168 Sobre os direitos fundamentais na qualidade de garantias jurídico-constitucionais fortes nas mãos de seus titulares, Jorge Reis Novais aborda a questão de forma ampla, inspirado nas lições de Dworkin, para quem uma garantia jurídica forte equivaleria a um trunfo num jogo de cartas. Para o autor, o Estado não poderia, ainda que fundado na eventual necessidade da coletividade, adotar medidas que restringissem os direitos “individuais trunfados”, pois o cidadão estaria garantido por um direito fundamental que prevaleceria em face das circunstâncias. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, op. cit., pp. 602 e ss.

169 Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, op. cit., p. 19.

reconhece Jorge Reis Novais<sup>170</sup>.

De se antecipar, já que o assunto será desenvolvido com mais profundidade por ocasião da análise dos conflitos das normas de direitos sociais<sup>171</sup>, que eventual restrição ou não aplicação plena de um direito social em favor do indivíduo tem como fundamento, em sua essência, respeitadas as peculiaridades e circunstâncias específicas, o mesmo fator que impõe as restrições aos direitos de liberdade, ou seja, o direito fundamental de terceiro. É exatamente a garantia que é conferida pelos direitos fundamentais de cada indivíduo que acarreta a necessidade de, eventualmente, defrontar-se com a inevitável cedência destes direitos, o que deverá ser orientado pelos parâmetros adequados, a fim de que os direitos possam ser compatibilizados numa organicidade una e lógica.

### **3. Aplicabilidade das normas de direitos sociais**

Ainda que alguns questionamentos possam ocorrer quando se abordam os diversos assuntos ligados aos direitos sociais, talvez o aspecto mais delicado e alvo de fortes debates está relacionado à aplicabilidade das respectivas normas de direitos sociais, pois, como afirma Jorge Miranda, “em Constituição normativa” entende-se que as normas sejam aplicáveis ou suscetíveis de aplicação nas mais diversas situações da vida<sup>172</sup>.

Sem dúvida, embora se coloque alguma divergência no que pertine à origem, história, evolução, positivação e suas justificativas, o grande desafio da temática – que certamente justifica o aprofundamento do estudo nos mais diversos Ordenamentos – é identificar exatamente, através de uma dogmática real, como efetivamente deve ser abordada a aplicabilidade das normas de direitos sociais.

---

170 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, op. cit., p. 602.

171 Vide Capítulo II, do Título II.

172 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 376.

As dificuldades encontradas a cada dia em alcançar uma solução adequada para o impasse talvez constitua um dos grandes pontos de divergência quanto à aceitação da natureza jusfundamental dos direitos sociais. Nesta tarefa, logo surgem os supostos obstáculos ou mesmo a inevitável comparação com os direitos de liberdade, sendo que, aparentemente, afigura-se mais fácil e menos tormentoso excluir da discussão o próprio objeto do embate do que enfrentar a questão e buscar respostas consentâneas com a estrutura de direitos fundamentais que marca o constitucionalismo moderno.

Não bastassem as inúmeras abordagens sobre o tema, um reflexo relevante na efetivação dos direitos sociais acaba por gerar ainda mais divergência. Trata-se dos efeitos práticos realmente encarados em decorrência dos custos respectivos, muito embora a resistência em decorrência desta circunstância acabe por reduzir a aplicação dos direitos fundamentais às garantias que, de uma forma excepcional, não importassem em despesas para o Estado.

De qualquer sorte, observa-se que algumas circunstâncias acessórias, por vezes reflexas, mas, na maioria, com uma visão diversa quanto ao conteúdo do direito e sua posição constitucional, acabam por impor resistências à análise conjunta dos direitos fundamentais em suas duas facetas, impondo-se aos direitos sociais uma posição inferior no conjunto dos direitos fundamentais do indivíduo.

Neste sentido, defende Luís Pereira Coutinho que os direitos sociais, mesmo previstos na Constituição, como é o caso de Portugal e Brasil, traduziriam “compromissos extra-constitucionais com uma força difusamente política”<sup>173</sup>. Seria, portanto, uma matéria eminentemente política, associada ao campo político do Poder, tendo o Legislativo ampla liberdade de escolha, pelo que estaria completamente afastada a possibilidade de o Judiciário efetivar qualquer controle.

Esta visão, ao que se denota, retira das normas constitucionais o valor supremo que lhes deve ser garantido, em especial por permitir, no extremo, seu próprio esvaziamento pelos entes políticos que lhes deveriam obediência. Em verdade, embora a atuação do governo, em qualquer de suas esferas, seja propriamente de natureza política, esta

---

173 Cf. LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Os direitos sociais como compromissos”, in *Revista eletrônica de Direito Público*, Vol. I, pp. 86/98, Nº 3, 2014, p. 03.

característica não altera a força normativa do Texto Constitucional, revelando, tão somente, a forma de expressão desta faceta do Poder estatal<sup>174</sup>.

Desta forma, não é a característica do poder que reveste a norma constitucional de maior ou menor expressão normativa. Seja qual for o poder a aplicar o Texto Supremo, a natureza do direito nele consubstanciado permanece intrínseca, não sendo alterada em função do poder estatal que está aplicando a norma. Nesta conjuntura, assim como o Poder Judiciário desenvolve sua atuação numa perspectiva jurídica da Constituição, cabe aos poderes Executivo e Legislativo a análise política das medidas a serem adotadas. Inobstante isto, a natureza das normas constitucionais permanece inalterada, sendo de ressaltar que os direitos e garantias fundamentais produzem seus respectivos efeitos independentemente da esfera de poder a ser desafiada.

Feitas tais ponderações, deve-se alinhar o raciocínio na perspectiva da natureza da norma. Assim, por estarem os direitos sociais compreendidos como direitos fundamentais, destaca Ingo Wolfgang Sarlet que a consagração jusfundamental gera “eficácia” e, em certa medida, aplicabilidade mesmo em nível constitucional e “independentemente de intermediação legislativa”<sup>175</sup>.

#### **4. Direitos sociais como normas programáticas: solução ou problema?**

Em meio a tantos dilemas, teorias se avolumaram na tentativa de clarear o tema, buscando firmar um entendimento adequado para a matéria. Para tanto, observa-se um bom número de posições doutrinárias quanto ao alcance exato da norma constitucional de direito social, as quais vão desde o esvaziamento do conteúdo e mandamento da norma até a aplicação extrema do direito sem qualquer limitação<sup>176</sup>.

---

174 Destaca Emerson Garcia que a força normativa da Constituição não se desenvolve “numa dimensão atemporal”. Antes, porém, trata-se de um fenômeno contextualizado com os “influxos sociais” do presente, a fim de preservar a efetividade de suas normas. Cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 2015, p.74.

175 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 303.

176 Sobre as classificações das normas de direitos sociais, cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito*

Buscando-se, então, condensar as diversas posições em ramos mais notáveis, tem-se que larga doutrina considera os preceitos constitucionais de direitos sociais como normas programáticas, as quais seriam princípios orientadores da atividade do Estado, agindo como verdadeiro padrão de interpretação que conduziria as ações do Poder Público em suas diversas esferas. Na clássica definição de Gomes Canotilho, as normas programáticas condensariam “princípios definidores dos fins do Estado, de conteúdo eminentemente social”<sup>177</sup>.

Esta concepção dos direitos sociais como normas que determinam os fins do Estado<sup>178</sup> teria como consequência a orientação da atividade do Estado, em especial do Legislativo, à uma execução adequada e conformadora dos direitos sociais, com ampla liberdade do Legislador<sup>179</sup>, até porque seriam normas limitadas, que demandariam um preenchimento, uma complementação através da função legislativa<sup>180</sup>.

---

*Constitucional e Teoria da Constituição, op. cit.*, pp. 474/475. Cf., ainda, CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, pp. 135/145.

177 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição, op. cit.*, p. 474.

178 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 135. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, *op. cit.*, p. 266.

179 Na visão de Konrad Hesse, a problemática inicia pela estrutura diversa dos direitos sociais frente aos direitos de liberdade, porquanto os primeiros demandariam uma ação prestacional do Estado, cabendo esta atividade ao Legislador e à Administração, já que por vezes haveria restrição da própria liberdade de outros. É de se notar que o contexto normativo do autor alemão apresenta uma estrutura normativa diversa de vários outros Ordenamentos, na medida em que a Lei Federal de Bonn não trouxe um catálogo de direitos sociais, apoiando-se nos princípios da dignidade da pessoa humana e do Estado Social. Por esta razão, Hesse chega a afirmar que a compreensão do tema na Suíça deveria ser diversa, haja vista que a Constituição daquele país prevê mandamento expresse no sentido de executar as normas sociais, o que acontece em várias outras Constituições, como é o caso do Brasil. Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional, op. cit.*, p. 46.

180 Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª edição, São Paulo, Malheiros, 2005, p. 180. Já Carlos Blanco de Moraes registra que a tese segundo a qual as normas programáticas seriam reduzidas a “declarações puramente políticas” há muito perdeu sua atualidade, sendo tais normas juridicamente vinculativas. Para ele, a diferença residiria na força vinculativa da norma em razão de sua preceptividade e exequibilidade. Neste sentido, aponta o professor de Lisboa que a Constituição do Brasil, diversamente da Carta de Portugal, contem normas de caráter “preceptivo e exequível”, como seria o caso da irredutibilidade do salário, duração da jornada de trabalho e gozo de férias, todos previstos no artigo 7º, daquele Diploma maior. Assim, para Carlos Blanco de Moraes, os direitos sociais relativos à saúde, educação e moradia não conferem direito subjetivo ao indivíduo, carecendo da atividade do Legislador que lhe dê conformação. Segundo ele, mesmo o artigo 5º, §1º, da Constituição do Brasil, que trata da aplicação imediata dos direitos fundamentais, não pode ser interpretada de forma linear, porquanto estariam contempladas naquele conceito apenas “as normas definidoras de direitos e garantias fundamentais”. Para concluir, alerta o autor que princípios e normas que não definam direitos carecem de ação do legislador na realização das tarefas e objetivos traçados nas metas e programas, pelo que teriam as normas de direitos sociais um caráter programático, sem efetividade imediata. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Direitos sociais e controle de

Em que pesem os argumentos colacionados por aqueles que trilham este caminho, observa-se que a concepção dos direitos sociais como normas programáticas acarreta um inegável esvaziamento do conteúdo destes direitos, vulnerando-os já em seu nascedouro, na medida em que seriam afastados da categoria de direito fundamental apto a conferir ao indivíduo uma posição de vantagem em face do Estado<sup>181</sup>.

Claro está – e parece ser esta a tônica desta linha de pensamento – que a qualificação dos direitos sociais como normas programáticas traduz-se como uma tentativa de conferir uma aparente aplicabilidade aos preceitos constitucionais, contornando as eventuais dificuldades teóricas, ao tempo em que, também, busca-se conciliar a atuação legislativa e a realidade financeira que inquestionavelmente impõe limites à atividade estatal.

Inobstante isto, ainda que se respeite a autoridade e os argumentos daqueles que, de forma racional, defendem os direitos sociais como normas programáticas<sup>182</sup>, parece difícil sustentar esta posição na moderna compreensão do Estado Social de Direito Democrático que preserva os direitos fundamentais. É que, ao se conceberem os direitos

---

inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: ativismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?”, *op. cit.*, pp. 601 e ss.

181 No tópico oportuno (vide Título II), precisamente quando da abordagem dos parâmetros na apreciação das normas de direitos sociais pelo Judiciário, será analisada com mais detalhe as questões do alcance e das restrições legítimas aos direitos fundamentais sociais. Neste momento, basta considerar a incongruência entre a natureza jusfundamental dos direitos sociais e a total liberdade do legislador para atuar sobre a matéria, afastando do indivíduo a oportunidade de demandar judicialmente o conflito.

182 Em Portugal, Jorge Miranda sustenta serem os direitos sociais normas programáticas, afirmando que a questão não estaria relacionada à aplicabilidade, já que todos os direitos fundamentais seriam plenamente aplicáveis. Para o professor de Lisboa, a abordagem deveria ser afeta à exequibilidade do direito, já que, na doutrina dos direitos fundamentais, existem direitos “auto-exequíveis”, enquanto outros teriam sua exequibilidade condicionada à concretização do legislador. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, pp. 131 e 379. Ao afirmar que “aplicabilidade direta não é equivalente a exequibilidade imediata”, Vieira de Andrade cita vários exemplos de direitos de liberdade, nomeadamente direitos políticos, processuais e alguns aspectos das liberdades, que não são imediatamente exequíveis, exigindo-se uma regulamentação complementar para o seu exercício efetivo. Cf. JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976, op. cit.*, p. 197. Ainda no cenário do Ordenamento português, José de Melo Alexandrino aponta que a Constituição não conferiu, originariamente, ao indivíduo “um poder de exigir que seja imediatamente exequível e independente de uma opção do legislador”, pelo que predominaria a dimensão objetiva sobre a subjetiva, o que revelaria a função programática da norma. Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa, op. cit.*, pp. 209/210. Cf. No Brasil, José Afonso da Silva já defendia os direitos sociais como normas programáticas. Cf. JOSÉ AFONSO DA SILVA, *op. cit.*, p. 180. Já Ingo Wolfgang Sarlet, embora reconheça que “todas as normas consagradoras de direitos fundamentais são dotadas de eficácia, e, em certa medida, diretamente aplicáveis já ao nível da Constituição e independentemente de intermediação legislativa”, classifica as normas de direitos sociais como “normas de cunho programático”. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais..., op. cit.*, p. 303.



sociais como materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, pressupõe-se que sua efetivação seja uma necessidade indispensável do indivíduo, para quem o digno tratamento através do mínimo de condições existenciais é a circunstância mais inadiável da vida, sendo esta, na sua conjuntura específica, a mesma base de justificativa dos clássicos direitos fundamentais<sup>183</sup>.

Nestas condições, qualificar os direitos fundamentais sociais como um conjunto de normas de conteúdo enunciativo e caráter interpretativo acaba por resultar, inevitavelmente, no esvaziamento de sua força diferenciada. Visto desta forma, torna-se delicado, talvez difícil, equacionar os direitos sociais e a natureza dos direitos fundamentais, pois, aparentemente, estaria a se tratar de assuntos diversos, sobretudo por uma força axiológica diferenciada a justificar os direitos.

Diante destas limitações no equacionamento da questão, ao enfrentar a matéria sob a ótica da classificação de normas programáticas, é que logo surge a resistência à aceitação da teoria, nomeadamente porque as razões de conteúdo material que justificam os direitos de liberdade são as mesmas dos direitos sociais. Aliás, como aponta Jorge Reis Novais, ambos tem uma relação de complementariedade, inexistindo qualquer grau de superioridade ou outra diferença substancial equivalente que permita um tratamento diferenciado<sup>184</sup>.

Ora bem, se o preceito constitucional de direito social detem a mesma estrutura normativa de um direito de liberdade<sup>185</sup>, sendo ambos reconhecidos e positivados pelo

183 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, op. cit., p. 59.

184 Cf. Ingo Wolfgang Sarlet, o qual reconhece a “existência de uma recíproca complementariedade entre os direitos individuais (direitos de liberdade) e direitos sociais (direitos de igualdade), sustentando que ambos concretizam parcelas da dignidade da pessoa humana”. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Comentário ao artigo 6º”, in *Comentários à Constituição do Brasil*, Coord. J.J. Gomes Canotilho, Gilmar Ferreira Mendes, Ingo Wolfgang Sarlet e Lenio Streck, São Paulo, Saraiva/Almedina, 2013, p. 1007. No mesmo sentido, ainda que reconheça “*peculiaridades que distinguen a los derechos sociales de las libertades tradicionales*”, Perez Luño esclarece que “*no debe trazarse una fractura tajante entre ambas categorías*”. Em verdade, para o autor espanhol, a análise conjuntural da “*estructura y operatividad de estas dos polaridades de los derechos fundamentales revela, por el contrario, su estrecha y necesaria complementariedad*”. Cf. ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO, op. cit., p. 206.

185 No tocante à identidade dos direitos fundamentais, a questão da estrutura normativa se mostra por demais tranquila na análise dos direitos sociais, já que, em geral, assim como se observa na Constituição brasileira (artigo 6º), inexistente qualquer diferença entre os elementos que constituem o preceito normativo, seja do direito de liberdade, seja do direito social. Em todos eles, há, na relação hipotética, a previsão, o operador deôntico e a estatuição, não sendo possível buscar qualquer diferenciação em sua formação estrutural. Sobre o assunto, cf. DAVID DUARTE, *A Norma de Legalidade Procedimental Administrativa*,

Legislador Constituinte como direito fundamental da pessoa, parece por demais reducionista a teoria que enxerga num direito desta natureza uma simples orientação interpretativa ou mesmo uma imposição dos fins do Estado. Aliás, afirmar que um direito tem natureza fundamental e, ao mesmo tempo, reconhecê-lo apenas como norma programática, sem conferir posição de vantagem ao respectivo titular, ao tempo em que restringe a concepção de direito fundamental, torna os direitos sociais mera carta enunciativa de propósitos.

Como se observa, o risco efetivo imposto pela concepção dos direitos como normas programáticas acaba por gerar um distanciamento na base de sustentação dos direitos sociais, tornando a efetivação da norma uma mera “possibilidade” no campo da discricionariedade dos atores políticos<sup>186</sup>. Ora, se estes direitos foram pensados, reivindicados, alcançados, positivados e constitucionalizados, parece evidente que há um certo valor correlato que justificaria sua importância e relevância na vida humana, não podendo ficar adstrito a uma complementação de conteúdo posterior por parte do Legislador.

Aliás, esta necessidade de concretização dos direitos sociais baseada na eventual atuação do Legislador como requisito de aplicabilidade sequer consta, a rigor, dos Textos Constitucionais. Tanto quanto um direito de liberdade, que também pode ser regulado pelo Legislador, como é o caso do direito de imprensa, etc, a norma de direito social também pode ser conformada pelo Legislador ordinário. Contudo, em ambos os casos, a sua vigência e aplicação não podem depender da vontade e atitude do Legislador.

---

Coleção Teses, Coimbra, Almedina, 2006, pp. 75 e ss. Quanto à natureza dos direitos, já se teve a oportunidade de considerar que a positivação constitucional do direito, com o devido reconhecimento jusfundamental, é o ponto em comum mais identificador dos direitos fundamentais, já que impõe ao Estado “deveres jurídicos de fazer, de não fazer ou de suportar”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, op. cit., p. 53. Assim, a combinação destes fatores, ou seja, a norma de direito social expressamente reconhecida como fundamental produz seus plenos e amplos efeitos, não podendo ser restringida por uma interpretação que esvazie o conteúdo do direito, afastando, sobretudo, o núcleo central da norma: a natureza fundamental. Se o propósito é equacionar a norma às dificuldades orçamentárias, por exemplo, eventuais impossibilidades ou limitações de alcance pleno da norma, assim como acontece em todo e qualquer direito fundamental, devem ser confrontadas, enquadrando-se os efeitos dos direitos nos limites encontrados, sem, contudo, perder o caráter de fundamentalidade. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 100.

186 Canotilho afirma que além da pressão política exercida com a constitucionalização dos direitos sociais, estas normas também teriam o papel dinamizador e conformador da Constituição, o que seria relevante por ocasião a concretização. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 474/475.

Foi exatamente a prevalência do princípio da dignidade da pessoa humana que conduziu os direitos sociais ao patamar de direito fundamental, na medida em que o suprimento das condições mínimas de vida e bem-estar passaram a ser indispensáveis para o tratamento digno da vida humana. Ao se considerar, portanto, um Ordenamento em que a dignidade atua como base dos direitos fundamentais<sup>187</sup>, afigura-se conflituosa e angustiante aceitar a ideia de que um direito fundamental está sob a total liberdade do Legislador, não tendo o Estado qualquer responsabilidade pelo conteúdo normativo de natureza fundamental que consta na Constituição, salvo se o Legislador ordinário assim o contemplar.

É possível que a percepção dos direitos sociais como normas programáticas se justificasse na fase inicial do constitucionalismo de direitos fundamentais pós segunda guerra, quando então um grande número de Ordenamentos passou a dispor sobre direitos sociais e, àquela altura, tanto o desenvolvimento social quanto o reconhecimento da fundamentalidade dos direitos ainda caminhavam em busca de um horizonte mais harmonioso.

Decorridas, então, algumas décadas de ajustes e avanços, tem-se que a solidez dos direitos fundamentais, reconhecidos como inseparáveis no Estado de Direito Democrático, os quais devem figurar numa Constituição de valor normativo com estrutura jurídico-política capaz de preservá-la, não mais torna possível a concepção dos direitos fundamentais como normas de orientação ou valor interpretativo. Isto porque, na essência da Constituição, as normas devem ser aplicáveis ou, no mínimo, suscetíveis de aplicação em toda e qualquer situação da vida<sup>188</sup>.

Como dito, num sistema jurídico-político desta natureza, afigura-se mais consentâneo e coerente que as normas jusfundamentais sejam assim aceitas e produzam seus respectivos efeitos, respeitadas suas proporções e peculiaridades, independentemente de se tratarem de direitos de liberdade ou sociais. Eventuais limitações, jurídicas e/ou orçamentárias, não podem significar o esvaziamento da natureza do direito, mas sim a submissão a um modelo de aplicação de normas que considere, juridicamente, a aplicação equilibrada e harmoniosa das normas em conflito.

---

187 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *A Dignidade da Pessoa Humana*, op. cit., p. 69.

188 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 376.

Importa registrar, ainda que se antecipe o debate, que restrições aos direitos fundamentais estão presentes em quaisquer dos direitos, não sendo uma característica exclusiva desta ou daquela norma. Assim, tanto os direitos de liberdade quanto os direitos sociais são suscetíveis de sofrerem limitações, restrições decorrentes da mesma norma ou de qualquer outra que, em sentido oposto, confira também uma posição de vantagem a um terceiro. Em verdade, a técnica de análise do conflito pode ter suas peculiaridades, contudo a essência permanece inalterada, já que em qualquer caso existem normas de natureza fundamental em conflito.

Ora bem, se as normas de direitos fundamentais de liberdade conferem posições de vantagem que podem gerar conflito entre diversos titulares, acarretando restrições individuais ou recíprocas - e nem por isso tem sua natureza nuclear esvaziada, nenhuma razão justificaria um tratamento diverso para com um direito fundamental social. Note-se que este não é um mero argumento de igualdade de normas, muito embora seja evidente que as normas ou são fundamentais, e assim devem ser consideradas, ou, efetivamente, não gozam desta natureza, devendo ser compreendidas e perspectivadas na medida de sua força normativa.

O cerne da questão, portanto, é que as dificuldades na aplicação das normas de direitos fundamentais tem levado parte da doutrina a conferir tratamento diverso aos conflitos, fazendo a diferenciação na medida em que se está diante de um direito de liberdade ou de um direito social. Como dito, respeitadas as peculiaridades, embora a solução possa alcançar alguns aspectos que não sejam comuns, sobretudo com relação ao caráter individual ou coletivo do conflito<sup>189</sup>, não parece ser o caso de a solução ser alcançada pela transformação da natureza fundamental do direito social em princípio de interpretação.

Por mais significativo que isto possa transparecer e, até mesmo, alcançar uma esfera de determinação pontual do Legislador, o tratamento do direito fundamental exige uma perspectiva diversa, na medida em que confere (não só orienta) uma posição de vantagem ao indivíduo, a qual somente não deve ser respeitada e garantida se houver um conflito normativo de mesma equivalência capaz de restringir o exercício do direito reivindicado.

---

189 Enquanto o conflito normativo entre um princípio de direito de liberdade se estabelece, em regra, com o direito protegido pela mesma norma, ou por outra, de um terceiro ou eventualmente de mais de uma pessoa, nos conflitos de direitos sociais o conflito se estabelece entre o titular do direito reivindicado com todos os outros titulares de direitos sociais. Isto será adequadamente exposto no estudo dos conflitos das normas de direitos sociais no Capítulo II, do Título II.

Assim, caso se admita a classificação dos direitos sociais como normas programáticas, reduzindo-as a orientações interpretativas, há de considerar que a solução supostamente encontrada para o equacionamento da questão acaba por acarretar a gestação de um problema mais grave, provavelmente não desejado por aqueles que se posicionam respeitosamente neste flanco. Isto porque - e muito já foi falado – os direitos sociais perderiam sua maior justificativa, qual seja, a indispensabilidade para a elevação da condição humana.

De fato, sendo admitido que há da parte do Legislador ordinário plena liberdade para dispor do conteúdo dos direitos sociais, sem uma imposição constitucional de que aquela matéria constitui um dever do Estado, seu atendimento não terá qualquer senso de obrigatoriedade, tampouco gerará no titular do direito uma posição privilegiada que o possibilite defendê-lo judicialmente<sup>190</sup>. A consequência deste entendimento geraria um inevitável e indesejado abalo à compreensão da natureza dos direitos fundamentais, pois as normas deixariam de conferir posições jurídicas fortes e exigíveis frente ao Estado, apresentando-se como princípios de interpretação para a atividade legislativa.

Por tais razões, vê-se que a compreensão dos direitos sociais como fundamentais exige que o conteúdo da norma tenha sua natureza preservada a despeito das circunstâncias, ainda que a pretensão se submeta a eventual conflito capaz, inclusive, de impor uma cedência. Assim, na hipótese de impossibilidade de efetivação do direito pretendido em face do alcance da reserva do possível, o caso não revela qualquer esvaziamento da norma jusfundamental, mas sim a restrição de uma posição diante da prevalência de uma garantia estipulada em favor de terceiro, também de natureza jusfundamental.

---

190 A possibilidade de defesa do direito fundamental independe do resultado da reivindicação, já que uma posição de privilégio em sentido contrário ou em favor de terceiro pode estabelecer uma cedência do direito individual, como ocorre nos clássicos direitos fundamentais de liberdade. No caso, por exemplo, de eventual impossibilidade financeira inviabilizar a concretização de um direito social, ainda que judicialmente pretendido, esta negação não teria o condão de esvaziar a natureza fundamental do direito, já que a não efetivação decorreria do conflito entre direitos fundamentais, em que uma posição de vantagem superior teria prevalência. Sobre a afectação dos direitos fundamentais em decorrência de valores superiores, *cf.*, JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 120.

## 5. Direitos sociais como direitos subjetivos

Ante à relevância do bem protegido e sua positivação, em regra, no Texto Constitucional e, em muitos casos, seu reconhecimento como direito fundamental, parte da doutrina avançou na concepção de que os direitos sociais seriam verdadeiros direitos subjetivos<sup>191</sup>, os quais, na teoria geral do direito, qualificam-se pela posição de vantagem que o detentor do direito se coloca em relação ao devedor da obrigação<sup>192</sup>.

Com efeito, para os que defendem os direitos sociais como verdadeiras posições de privilégio conferidas ao indivíduo em face do Estado, em especial por sua natureza fundamental, entende-se que a norma de direito social teria aplicação plena, ante à natureza do direito<sup>193</sup>. Nestas circunstâncias, ante à previsão do direito, assumiria o cidadão uma condição especial de credor para com o Estado, podendo, portanto, exigi-lo de acordo com sua necessidade.

Ante à amplitude de efeitos e condições especiais envolvidas, assim como, inevitavelmente, os conflitos normativos decorrentes desta compreensão, a abordagem dos direitos sociais como direitos subjetivos pode ser encarada em duas facetas, sendo a primeira

---

191 Neste sentido, destaca Cristina Queiroz que se os direitos sociais são direitos fundamentais, podem ser constituídos como “posições jurídicas jusfundamentais”, ou seja, verdadeiros direitos subjetivos. Cf. CRISTINA QUEIROZ, *op. cit.*, p. 137.

192 Na definição de João Baptista Machado, aplicável à teoria geral do direito, direitos subjetivos seriam “posições de privilégio (direitos), faculdades ou poderes” que são atribuídos a pessoas, desde que atendidas as regras de direito objectivo aplicáveis ao caso. Para o autor, “à titularidade de um direito subjetivo por parte de uma pessoa corresponde logicamente um dever jurídico” por parte de outrem. Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 13ª reimp., Coimbra, Almedina, 2002, p. 64. De qualquer forma, ainda que se busque seguir um conceito norteador do que se entenda por direito público subjetivo, lembra José de Melo Alexandrino que este é um domínio “tormentoso e interminável”, haja vista a existência de diversas concepções no campo civilista e publicista, permanecendo a indagação acerca da possibilidade de uma “definição doutrinária precisa de direito subjetivo fundamental”. Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A Estruturação dos sistemas de direitos...*, *op. cit.*, pp. 51/52. Acerca da noção de direito subjetivo na teoria geral do Direito e das características dos “direitos subjetivos constitucionais”, cf. LUIS ROBERTO BARROSO, “A doutrina brasileira da efetividade”, in *Constituição e Democracia – Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*, Coords. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê, pp. 435/448, São Paulo, Malheiros, 2006, pp. 444/445.

193 Apontando a impossibilidade de as normas de direitos sociais configurarem direito subjetivo, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro...”, *op. cit.*, pp. 601 e ss. Cf., ainda, CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 574/575.

a posição sustentada por aqueles que reconhecem um verdadeiro direito subjetivo definitivo, enquanto que a segunda compreenderia as normas respectivas como direitos subjetivos *prima facie*.

### 5.1. Direitos subjetivos definitivos

Ao sustentar a tese de plena aplicabilidade das normas de direitos sociais, uma vertente doutrinária parte do princípio que estes direitos conferem uma posição de vantagem ao cidadão, cuja natureza fundamental proporcionaria um direito subjetivo pleno e exigível em face do Estado. Assim, por se tratar de um direito fundamental, aliado à posição jurídica de privilégio irrestrito, caberia ao Estado satisfazer toda e qualquer demanda do indivíduo na execução dos direitos sociais invocados<sup>194</sup>.

O cerne da questão, nesta abordagem, reside na tentativa de compatibilizar a força fundamental do direito positivado com sua materialização em favor do indivíduo. Para esta teoria, na medida em que se entende que um direito social tem natureza jusfundamental, seria uma consequência lógica e natural da concepção a plena aplicação da respectiva norma, o que permitiria ao indivíduo exigir do Estado, a tempo e a modo, a concretização do direito.

Apesar de parecer lógica a compreensão dos direitos nesta perspectiva, na medida em que parte de uma relação de causa e efeito, a análise mais acurada do tema conduz a uma certa limitação da abordagem, tornando o resultado inviável do ponto de vista jurídico, já que, de plano, observa-se que a teoria dos direitos subjetivos definitivos leva em consideração um suposto caráter ilimitado e absoluto do direito que não se harmoniza com a própria ciência do Direito.

Com efeito, toda e qualquer análise do Direito, como ciência, deve partir do princípio segundo o qual as relações sociais reguladas, de forma geral e abstrata, tornam o Direito uma ciência afeta ao campo do “dever ser”, já que a exatidão dos seus termos e a respectiva aplicação da norma sempre estarão sujeitas às circunstâncias e condições da vida

---

194 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., pp. 143/145.

que exigem uma análise de conflitos inevitáveis<sup>195</sup>.

Assim, mesmo considerando que os direitos sociais possuem natureza jusfundamental, a aceitação de uma posição de vantagem absoluta é contrária à noção do próprio Direito, haja vista que as relações sociais, por vezes, geram conflitos que implicam, inevitavelmente, na impossibilidade de concessão ilimitada dos direitos suscitados por cada titular<sup>196</sup>.

Para além dito, é importante considerar que as forças estatais são incapazes de atender de forma ampla e plena as mais diversas e incontáveis necessidades do indivíduo. Assim, caso se partisse do pressuposto de existência de uma posição absoluta do direito social vindicado, a impossibilidade prática a nível de orçamento público geraria por si só uma incongruência entre a teoria e a prática, desacreditando o próprio pensamento, já que fundando em premissas irreais.

Esta, aliás, é uma realidade que acomete, inevitavelmente, quaisquer dos direitos fundamentais, sejam eles sociais ou de liberdade, já que a impossibilidade de coexistência de direitos absolutos decorre da própria concepção de uma ciência que busca regular as relações sociais, deparando-se com conflitos entre posições individuais. Esta dinâmica, por certo, encontra-se firmada no próprio princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que a imposição de um plano de igualdade entre todos impede distinções capazes de favorecer uns em detrimento de outros sem razões plausíveis que justifiquem a distinção<sup>197</sup>.

---

195 De fato, a ciência do Direito não se encontra na ordem do “ser”, já que as relações e transformações sociais dão lugar a uma compreensão do “dever ser” sem a qual seria inviável a existência do próprio Direito. Ainda que seja reconhecido como ciência, o Direito não permite a delimitação finita das relações sociais, pelo que, como advertiu Kelsen, os juízos jurídicos não podem ser reduzidos a afirmações sobre fatos presentes e futuros da ordem do ser. Cf. HANS KELSEN, *Teoria Pura do Direito*, 8ª ed., 5ª tiragem, São Paulo, Martins Fontes, 2015, p. 116. Por sua vez, Dworkin atribuiu as divergências e dificuldades na compreensão da Teoria do Direito ao fato de os problemas serem afetos a princípios morais. Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério*, tradução de Nelson Boeira, São Paulo, Martins Fontes, 2002, p. 12.

196 Destaca Emerson Garcia que a impossibilidade de os direitos fundamentais assumirem um caráter absoluto decorre da própria “necessidade de limites ao seu exercício”, realçando o autor a própria dicção do artigo 4º, da Declaração do Homem e do Cidadão de 1789. Acrescenta Emerson Garcia que os direitos fundamentais, por fazerem parte de um ordenamento jurídico mais amplo, “exercem uma influência recíproca na delimitação do conteúdo e do alcance do seu potencial normativo”. Cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas constitucionais...*, op. cit., p. 324.

197 Compreendendo a dignidade da pessoa humana como um princípio que justifica a própria razão de os homens terem direitos, Jorge Pereira da Silva reconhece que a dignidade providencia “uma justa medida



Ao compreender, portanto, a impossibilidade de aceitação da tese dos direitos como posições absolutas, resta inevitável reconhecer que as normas de direitos sociais também não poderão conferir ao cidadão uma posição de vantagem ilimitada em face do Estado, já que outras normas podem, eventualmente, despertar um conflito normativo em função da posição ocupada por terceiros, cuja solução dependerá da cedência de algum ou ambos os direitos postos em pauta.

Em verdade, a compreensão adequada dos direitos sociais conduz à conclusão segundo a qual estes direitos são concebidos e ofertados a todo indivíduo que deles necessitarem para o necessário melhoramento de sua condição<sup>198</sup>. Como destinatário da norma, figura o Estado, a quem cabe os deveres de respeito, proteção e promoção do direito posto em causa. O desafio é, portanto, harmonizar a concretização de um leque de direitos posto à disposição do indivíduo com a existência de recursos suficientes para a devida prestação destes bens da vida a todos os beneficiários.

Por enquanto, mesmo abstraindo as questões peculiares no tocante aos custos dos direitos, não há como negar que a atuação estatal depende de investimentos<sup>199</sup>. Seguindo esta premissa, ao ser reconhecida a limitação material de recursos a viabilizar a prestação dos direitos em sua totalidade e com alcance a todos, necessariamente pretensões de vários titulares não serão atendidas na mesma proporção da demanda, gerando um nítido conflito entre os diversos titulares em causa.

---

para a igualdade do seu próprio estatuto jurídico”. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, op. cit., p. 114.

198 Registre-se que os direitos sociais são garantidos a todos os indivíduos, mas que a execução de muitos deles, especialmente no caráter prestacional a ser exigido do Estado, somente pode ser exigido por aqueles que não podem desfrutar, por suas próprias forças, do direito em causa. Esta conclusão decorre da concepção dos direitos sociais como materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, o qual age com vistas ao melhoramento da condição humana. Assim, para aqueles que dispõem de condição financeira apta a lhe proporcionar acesso ao direito social buscado, não caberia a justificativa ancorada na dignidade da pessoa humana, refletindo a prestação do Estado em mero acréscimo patrimonial do indivíduo, o que não encontraria respaldo no princípio em alusão. Cf. DANIEL SARMENTO, *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://docplayer.com.br/6826359-A-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-1.html>, p. 28. Consulta realizada em 31/08/2017. Ao abordar o tema na visão dos “direitos a prestação em sentido estrito”, Alexy os reconhece como direitos do indivíduo, em face do Estado, a desfrutar de algo que, se dispusesse de recursos próprios suficientes, poderia obter livremente no mercado. Cf. ROBERTO ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 499.

199 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 106.

Se este é um fato real - e porque não dizer inevitável, conclui-se com facilidade que a cedência de alguns direitos em benefício ou em decorrência da atenção dada a outros sinaliza para uma clara impossibilidade de aceitação da tese dos direitos subjetivos definitivos, ante sua completa inviabilidade operacional no campo das relações sociais. De fato, seria impraticável, não apenas no campo financeiro, mas especialmente na dogmática jurídica, admitir a existência de direitos absolutos, ainda que se tratem de direitos fundamentais<sup>200</sup>.

Como dito, esta é uma característica comum a qualquer dos direitos, não sendo diferentes as restrições a que estão sujeitos os clássicos direitos de liberdade. Neste sentido, posições como liberdade de expressão, privacidade, convicção religiosa, dentre tantas outras estarão sempre passíveis de cedência em face de posições contrárias titularizadas por terceiros.

## **5.2. Direitos sociais como direitos subjetivos *prima facie***

Seguindo, ainda, na perspectiva da aplicação da norma de direito social como direito subjetivo, Robert Alexy buscou traçar um equilíbrio na compreensão do tema que alcançasse, a um só tempo, tanto a aplicação imediata da norma quanto as limitações de ordem normativa e financeira. Para esta linha de pensamento, embora os direitos sociais desfrutem de natureza jusfundamental, a respectiva concretização destes direitos, preponderantemente de caráter prestacional, dependeria de investimentos do Estado, o que, sem qualquer exagero, representaria custos e a inevitável impossibilidade de concretização plena em favor de todos os indivíduos.

Para tanto, na tentativa de equacionar o problema à luz de sua teoria dos princípios, Alexy, partindo da divisão de Dworkin acerca de princípios e regras<sup>201</sup>, entendeu

200 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 299.

201 Na clássica diferenciação de Dworkin, a norma poderia ser um princípio jurídico ou uma regra jurídica, sendo a diferença uma questão de natureza lógica, especialmente quanto à orientação que oferece. Assim, enquanto as regras seriam aplicáveis na forma do “tudo-ou-nada”, no sentido de sua validade ou não corresponder à objetiva aplicação ao caso, os princípios seriam analisados quanto à “dimensão do peso ou importância”, demandando um sopesamento dos princípios que se inter cruzam, não havendo a

que a norma princípio seria aplicável na sua maior abrangência possível, configurando um direito pleno *prima facie*, o que caracterizaria um verdadeiro mandamento de otimização<sup>202</sup>. Assim, enquanto as regras jurídicas seriam restritas à disciplina das situações fundadas numa relação de “tudo-ou-nada”, os princípios produziriam seus efeitos em sua maior expressão possível, sendo que eventual conflito com normas diversas seria resolvido através do recurso à ponderação<sup>203</sup>.

Ao abordar a aplicação da norma de direito social com base nesta perspectiva, Alexy se distanciou da visão destes direitos como normas programáticas, mas, a seu turno, deixou de reconhecer a existência de um direito subjetivo definitivo, já que a aplicação das respectivas normas deflagraria um conflito normativo, o qual deveria ser resolvido com base num sopesamento, ou seja, numa ponderação de bens<sup>204</sup>.

Com efeito, segundo Alexy, a aplicação da norma de direito social como direito subjetivo *prima facie* deflagraria um conflito com os princípios democrático e da separação de poderes, bem como em face das normas de direitos sociais que atribuem vantagens e posições semelhantes ao restante da coletividade. Embora este conflito seja alvo de análise específica no Capítulo II, do Título II, do presente trabalho, pode-se antecipar que Alexy entende que a efetivação das normas de direitos sociais mediante a tutela judicial afetaria as regras decididas democraticamente pela maioria parlamentar. Para além disto, estar-se-ia a atribuir a um dos poderes estatais, no caso o Judiciário, a competência funcional, inclusive para destinação de recursos públicos, conferida estruturalmente a outro poder<sup>205</sup>.

---

invalidação de um princípio no caso de cedência para o reconhecimento de aplicação de outro eventualmente em conflito. Cf. RONALD DWORKIN, *Levando os direitos a sério...*, op. cit., pp. 39/42.

202 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 103/104. Na distinção entre princípios e regras, levando em consideração sua concepção qualitativa, David Duarte afirma que a norma princípio tem uma propriedade exclusiva, estabelecida por imperativos de otimização. Esta característica confere aos princípios a mais ampla incidência possível, encontrando seus limites nas normas em sentido contrário. Por tal razão, afirma que este é o ponto central da distinção, sendo a formulação original estabelecida por Dworkin e, posteriormente, desenvolvida por Robert Alexy. Cf. DAVID DUARTE, *A Norma de legalidade procedimental administrativa...*, op. cit., p. 133.

203 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 502. Ainda sobre a suposta precedência dos princípios e regras, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro...”, op. cit., pp. 590 e ss.

204 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 515.

205 Para Alexy, o debate quanto aos direitos que o indivíduo teria de forma definitiva seria uma questão de sopesamento entre princípios. Assim, posicionado de um lado o princípio da liberdade fática (direito social em causa), figurariam do outro lado da balança “os princípios formais da competência decisória do

Apesar de racionalmente bem elaborada, nomeadamente por conta de a construção da solução ser alcançada a partir do confronto entre razões e contrarrazões que justificariam a prevalência de um ou outro princípio<sup>206</sup>, observa-se, dentre outras nuances<sup>207</sup>, que a tese “alexiana” precisa ser bem compreendida, a fim de que o conflito realmente existente seja analisado nos limites das normas que efetivamente se inter cruzam.

De qualquer sorte, o que importa reconhecer, neste momento, é a necessidade de uma dogmática adequada para a abordagem do tema, já que, ao reconhecer os direitos sociais como instrumento de concretização da dignidade da pessoa humana, conclui-se pela necessidade de o Estado proporcionar ao indivíduo as condições suficientes para elevação de condição de vida. Assim, em meio a tantas classificações, o que se revela mais importante, no estudo da efetivação dos direitos sociais, é concluir, como ressalta Catarina Santos Botelho, que “independente da categoria que se adote, o que releva é sua tutela efetiva”<sup>208</sup>.

---

legislador democraticamente legitimado e o princípio da separação de poderes, além de princípios materiais, que dizem respeito à liberdade jurídica de terceiros, mas também a outros direitos fundamentais sociais e a interesses coletivos”. Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 512. Sobre a abordagem e aceitação da Teoria de Robert Alexy no contexto brasileiro, cf. DANIEL SARMENTO, op. cit., p. 17. Ainda sobre a posição da doutrina acerca do assunto, sobretudo pela destinação de recursos públicos para a concretização de direitos sociais, cf. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 642.

206 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 516.

207 Além dos pontos abordados com mais detalhes neste trabalho, deve-se consignar que os direitos subjetivos *prima facie* também recebem críticas no tocante à sua abrangência “sem limites”, embora Alexy tenha estabelecido que a amplitude dos efeitos da norma estaria limitada pelas possibilidades jurídicas e fáticas existentes. De qualquer sorte, o próprio Alexy reconhece a possibilidade de ser suscitada uma aparente “ilusão” quanto à expectativa dos direitos *prima facie*, cujo resultado seria uma “frustração” em face das limitações que reduziriam a pretensão aos limites encontrados no sopesamento dos princípios. Inobstante isto, partindo da noção de reconhecimento em favor do indivíduo de um direito “em si”, Alexy firmou seu entendimento no caráter vinculante da norma, refutando a classificação dos princípios como normas programáticas. Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria Geral dos Princípios*, op. cit., p. 515.

208 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., pp. 143/145. Ainda sobre a conformação jurídica dos direitos sociais, cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 474/476.

## 6. Dos custos dos direitos fundamentais

O estudo dos direitos sociais suscita, invariavelmente, uma questão que, embora por vezes verdadeira, limita a natureza dos direitos aos dispêndios financeiros que são necessários para sua concretização. O tema dos custos dos direitos, para utilizar uma expressão mais corriqueira, acaba por ser um dilema no entendimento pleno e adequado de toda a teoria dos direitos fundamentais, na medida em que há uma tendência a delimitar o campo de abrangência e efetivação dos direitos de acordo com sua repercussão financeira no orçamento estatal<sup>209</sup>.

Para uma visão mais ampla e realista da matéria, deve-se partir do princípio, como ressalta Jorge Reis Novais, que toda atuação do Estado com o propósito de garantir direitos exige “do erário público o dispêndio de somas avultadas”, ainda que o direito a ser protegido seja daqueles tradicionalmente classificados como de liberdade<sup>210</sup>. Esta é uma constatação imprescindível na compreensão da temática, afinal, para utilizar a expressão de José Casalta Nabais, todos os direitos tem custos, pois “não são dádiva divina nem frutos da natureza”<sup>211</sup>.

A partir deste entendimento, absolutamente firmado no exercício da atividade estatal que, invariavelmente, demanda custos para sua existência, não parece razoável analisar os direitos fundamentais como um gênero, cujas espécies pudessem ser diferenciadas pelos custos inerentes a sua realização. É bem verdade, como alerta Robert Alexy, que os direitos fundamentais sociais são “extremamente custosos”<sup>212</sup>, até porque qualquer das esferas de atuação do Estado na garantia, proteção ou promoção do direito social em causa demanda

---

209 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, op. cit., pp. 293/294.

210 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 96. Registre-se a posição de Gomes Canotilho, para quem os direitos de liberdade, diversamente dos direitos sociais, não demandam muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os indivíduos sem um impacto orçamentário capaz de sobrecarregar os cofres públicos. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 481.

211 Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, pp. 737/767, Coimbra, Coimbra Editora, 2003, p. 749.

212 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 510.

uma mobilização da atividade estatal, ainda que em áreas, setores e repercussões diferenciados, o que, por certo, representa custos<sup>213</sup>.

O que torna confuso o entendimento da temática dos custos dos direitos é o fato de se acreditar que, diversamente dos direitos sociais, seriam os direitos de liberdade isentos de custos, uma vez que dependeriam tão somente do respeito do Estado, traduzido por uma abstenção de ingresso na esfera de proteção do indivíduo. Ainda que esta fosse uma aparente verdade, já que, em geral, as normas de direitos fundamentais de proteção às liberdades impõem limites ao avanço do Estado na livre disponibilidade do indivíduo, deve-se compreender, como pontua Jorge Reis Novais, que os direitos de liberdade também tem custos<sup>214</sup>. Afinal, nas palavras de Stephen Holmes e Cass R. Sunstein, “*rights are costly because remedies are costly*”<sup>215</sup>.

Da mesma forma que os direitos sociais, a garantia dos direitos de liberdade pode significar para o Estado uma variedade de atuações que vão desde seu respeito e proteção, até mesmo sua promoção, o que também reclamará uma movimentação da máquina estatal que não terá como ser realizada sem o dispêndio de investimentos e demais despesas inerentes à estruturação física e humana do Estado<sup>216</sup>.

---

213 Sobre o aspecto dos custos dos direitos sociais nas diversas dimensões, alerta Jorge Reis Novais que haveria uma dimensão negativa destes direitos que não estaria restrita ou afetada pela reserva do financeiramente possível, sendo passível de determinação plena em nível Constitucional. Para o autor, esta possibilidade seria perceptível nas hipóteses em que o próprio particular é quem promove o acesso a estes bens “jusfundamentalmente protegidos”. De fato, ainda que o Estado não seja diretamente onerado na oferta direta do bem, já que originariamente foi custeado pelo particular, há de se considerar que o Estado, no exercício de sua função garantidora do direito, ainda que apenas disponibilizando a estrutura necessária para eventual proteção do direito posto em causa, pratica uma atividade geradora de despesas. Nestas condições, ainda que se considerem as mais simples e privadas prestações sociais custeadas pelo próprio titular, o Estado é o responsável por assegurar a possibilidade de o interessado defender seus interesses em caso de violação de seu direito, gerando, inevitavelmente, custos. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 376.

214 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 96.

215 Cf. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*, New York, London, W.W. Norton & Company, 1999, p. 43.

216 Seguindo o mesmo entendimento, segundo o qual todos os direitos fundamentais possuem uma dimensão positiva com repercussão econômica, cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 293.

Neste sentido, uma análise mais acurada do tema revela que o dever do Estado na garantia dos direitos fundamentais exige uma atuação que, invariavelmente, representa custos, não sendo este aspecto uma característica capaz de promover uma diferenciação aceitável e suficiente entre os direitos sociais e os de liberdade<sup>217</sup>. Esta conclusão pode bem ser alcançada pelas diversas atuações do Estado, as quais não podem ser limitadas a uma atividade que, eventualmente, venha a entregar um bem prestacional protegido.

Com efeito, ao compreender que os direitos garantidos são alvo de regulamentação através de leis elaboradas por um corpo legislativo custeado pelo Estado, observa-se que os custos já são inevitáveis e estão na própria existência do Estado. Não bastasse isto, o funcionamento da máquina estatal que permita ao indivíduo defender ou exigir a garantia de seu direito, seja ele de liberdade ou social, não acontece de forma graciosa, havendo todo um custo de manutenção da atividade do Estado que é colocada à disposição do indivíduo, a fim de que eventual desrespeito do seu direito possa ser satisfatoriamente defendido<sup>218</sup>.

Além destes e outros tantos motivos, tem-se que muitos direitos tipicamente de liberdade, civis e políticos, são marcados por custos vultuosos, a exemplo do direito de propriedade que exige uma indenização adequada ao titular<sup>219</sup>. Aliás, como lembram Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, tomando por base as eleições americanas de 1996, o direito de votar, amplamente garantido nos Estados de Direito Democráticos, não é menos caro do que qualquer outro direito<sup>220</sup>.

Assim como o exercício do voto, garantido constitucionalmente nas democracias modernas, vários outros direitos reclamam uma atividade dispendiosa e “prestacional” do ponto de vista do *facere* como principal atuação do Estado. Não basta ao Estado reconhecer o direito universal ao sufrágio ou mesmo se abster de impedir o exercício do voto. Em verdade, toda uma estrutura física e humana precisa ser devidamente organizada pelo Estado com o firme propósito de proporcionar ao indivíduo o pleno exercício do direito

---

217 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 100.

218 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os direitos sociais...*, *op. cit.*, p. 122.

219 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 96.

220 Cf. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 113.

ao sufrágio.

Este, aliás, não é um exemplo isolado, já que o próprio exercício da liberdade, na concepção clássica do “direito de ir e vir” e da segurança necessária para tal<sup>221</sup>, reclama do Estado um investimento económico extremamente relevante na segurança pública, quer em nível de estrutura física, quer no que concerne ao relevante número de pessoas envolvidas com o fim específico de garantir o exercício de um dos aspectos do direito de liberdade<sup>222</sup>.

Como se observa, não há como traçar uma diferença segura entre os direitos de liberdade e os direitos sociais baseada nos custos envolvidos, já que ambos dependem, em maior ou menor medida, de investimentos públicos para sua concretização<sup>223</sup>. Esta conclusão, ressalte-se, conduz a uma consequência inevitável, ou seja, sendo os direitos fundamentais em sua generalidade dependentes, ainda que em níveis e formas de atuação diversos<sup>224</sup>, de investimentos, qualquer deles pode ser afetado pela limitação orçamentária do Estado.

Com efeito, seja a promoção do direito à saúde, seja a garantia do direito de ir e vir e a segurança que deve ser proporcionada para esta finalidade, qualquer destas atividades depende de investimento por parte do Estado. Assim, caso o orçamento público não se encontre em condições de proporcionar o pleno desfrute destes direitos, tanto um quanto o outro serão desfrutados em condições inferiores à pretensão do indivíduo<sup>225</sup>.

---

221 Cf. BENJAMIN CONSTANT, *op. cit.*, p. 77.

222 Para José Casalta Nabais, todos os direitos tem custos financeiros públicos, ainda que “sejam custos indirectos nos clássicos direitos de liberdade, sejam custos directos nos direitos sociais”. Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, *op. cit.*, p. 751.

223 Reconhecendo que todas as dimensões dos direitos fundamentais representam custos, cf. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 642. Acerca dos custos do Estado com a proteção da propriedade privada, cf. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 62.

224 Embora concorde que os custos são inerentes aos mais diversos direitos, Carlos Blanco de Moraes chama a atenção para diferenças de ordem quantitativa e qualitativa entre os direitos, apresentando, no contexto português, os percentuais gastos nas diversas rubricas públicas atinentes aos setores de atividade do Estado. Feito isto, conclui que os direitos sociais demandariam “custos incomparavelmente maiores”. Ademais, quanto ao aspecto qualitativo, sustenta Carlos Blanco de Moraes que existem áreas protegidas, como segurança e justiça, cuja importância da defesa dos direitos não permite os custos específicos “dentro das respectivas despesas”. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 570/571.

225 Neste sentido, ao observar o plano real dos acontecimentos, Catarina Santos Botelho ressalta que somente um Estado detentor de “finanças públicas relativamente equilibradas consegue tutelar com eficácia os direitos e liberdades fundamentais dos seus cidadãos”. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os*



Desta forma, duas verdades acabam por caminhar juntas nesta seara tão desafiadora dos direitos fundamentais: a primeira decorre do reconhecimento de que os custos financeiros são comuns tanto nos direitos de liberdade quanto nos direitos sociais, ainda que os investimentos possam ocorrer em proporções, áreas e formas de atuação diversas<sup>226</sup>; e, a segunda, a inevitável restrição que ambos os direitos acabam por sofrer em decorrência das limitações orçamentárias do Estado, afinal toda a atividade estatal necessita de investimentos<sup>227</sup>.

Diante deste cenário, não há como evitar que a análise dos direitos dependa da avaliação de seu impacto financeiro e da respectiva disponibilidade orçamentária do Estado para execução das medidas necessárias destinadas à proteção do bem jurídico. Por esta razão, ainda que o entendimento da generalidade das pessoas reconheça que o Estado deve agir na proteção da propriedade privada e na garantia do exercício do voto, é público e notório que a proteção destes direitos é extremamente diversa, apresentando forte variação dos níveis de garantia efetiva do patrimônio ou mesmo do exercício do voto nos Estados Democráticos de Direito.

Ainda que estejam classificados como direitos de liberdade, civis e políticos, tanto a propriedade quanto o sufrágio dependem de ação do Estado com vistas à garantia do direito, seja disponibilizando força militar de segurança no primeiro caso, seja proporcionando acesso às pessoas, distribuição de material de votação, dentre várias outras medidas, no tocante ao exercício do voto<sup>228</sup>. Segundo José Casalta Nabais, os custos dos clássicos direitos de liberdade se materializam através dos serviços públicos concernentes à produção de bens públicos em “sentido estrito”, com vistas à realização e proteção dos direitos, daí porque os custos são realizados de forma geral sem uma individualização específica<sup>229</sup>.

---

*Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 125.

226 Acerca da atuação do Estado social na garantia dos direitos e a consequente realização de ações no intuito de proporcionar o exercício dos direitos, *cf.* JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 106.

227 Sustenta Catarina Santos Botelho que em “tempos de crise” tantos os direitos de liberdade quanto os direitos sociais “acabam por sofrer as suas consequências”. *Cf.* CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 123.

228 No mesmo sentido, *cf.* CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 123.

229 *Cf.* JOSÉ CASALTA NABAIS, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos

Ressalte-se, ainda, que nem sempre há plena e eficaz proteção do direito. Por vezes, o direito de propriedade do indivíduo é violado, restando ao cidadão o recurso às vias legais estabelecidas para reivindicar sua posição. Com o exercício do voto não é diferente, já que em muitas situações o Estado não consegue oportunizar os meios de acesso necessários para que os eleitores de áreas mais longínquas ou mesmo que sofram de alguma dificuldade de locomoção possam exercer seu direito<sup>230</sup>.

Semelhantemente, os direitos sociais também dependem de recursos para sua concretização, haja vista que requerem, na maioria dos casos, investimento financeiro para a entrega do bem reivindicando. Assim, reconhecendo-se, como o fez Rui Medeiros, que a efetivação dos direitos sociais “custa dinheiro”<sup>231</sup>, áreas e níveis de proteção dos direitos acabam por ser fortemente influenciados pelo maior ou menor investimento orçamentário, cabendo, então, analisar quais os fundamentos e a forma adequados para equacionar a questão.

O que ocorre, ao que se denota, é um aparente conceito “preestabelecido” sobre estas duas dimensões dos direitos fundamentais. Enquanto os clássicos direitos de liberdade passaram a ser vistos, ainda que equivocadamente, como isento de custos, os direitos sociais sempre foram reconhecidos como extremamente custosos, razão pela qual não poderia haver uma responsabilização direta do Estado por sua efetivação<sup>232</sup>.

---

direitos”, *op. cit.*, p. 750.

230 Para Carlos Blanco de Moraes, a incidência de limitações orçamentárias nos custos dos direitos seria diverso a depender da contemplação dos direitos de liberdade e dos direitos sociais, pois enquanto a estes o Estado poderia se contentar com um mínimo existencial, caso não houvesse folga financeira, com aqueles a redução do serviço a um mínimo revelaria a existência de um “Estado falhado ou um Estado não soberano”. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 570/571.

231 Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, *op. cit.*, p. 679.

232 Na opinião de Catarina Santos Botelho, esta compreensão acerca da maior aceitação da garantia dos direitos de liberdade, ainda que dependentes de investimento do Estado, decorre da própria evolução histórica destes direitos. Segundo a autora, como os direitos de liberdade antecederam, historicamente, “a geração dos direitos sociais”, a sociedade encara com maior “naturalidade” a ação do Estado na manutenção das “estruturas administrativas, judiciais e policiais”, as quais foram se “sedimentando e ganhando consistência” no curso do tempo. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os direitos sociais...*, *op. cit.*, p. 124.

Embora a evolução dos conceitos e dos direitos fundamentais tenha proporcionado um maior clareamento do cenário, em especial no tocante aos custos inerentes à efetivação das normas respectivas, ainda persiste uma razoável resistência à natureza das normas de direitos sociais. Esta dificuldade conceitual, em grande parte, fundamenta-se na repercussão financeira em desfavor do Estado, tentando-se, com isto, restringir os efeitos da norma por uma negativa de sua natureza.

De qualquer sorte, como já reiterado, esta característica não suprime a natureza jusfundamental dos direitos sociais, tampouco afasta a força normativa das respectivas normas, haja vista a existência, como adverte Rui Medeiros, de uma verdadeira “unidade do sistema de direitos fundamentais consagrado constitucionalmente”<sup>233</sup>. Inexiste, simplesmente por conta dos custos, qualquer critério que afete a natureza axiológica da norma, dependendo sua efetivação da coerente e adequada aplicação do Texto Constitucional.

Em verdade, partindo-se do princípio que todos os direitos representam custos financeiros para o Estado, pode-se concluir que os direitos sociais não configuram um caso especial. Aliás, especificamente sobre os recursos investidos pelo Estado nesta seara, destaca Jorge Pereira da Silva que “todos os direitos fundamentais são direitos caros”, incluindo-se nesta conjuntura todos os direitos pessoais, inclusive aqueles mais afetos à liberdade do indivíduo<sup>234</sup>.

O fato de gerar custos – como toda atividade estatal, apenas exige do aplicador do Direito um estudo criterioso para a salutar compreensão do conflito de normas de direitos fundamentais, buscando, na própria sistemática jusfundamental, o devido equacionamento das normas. Efetivamente, como ressalta Catarina Santos Botelho, “os direitos sociais são direitos especialmente onerosos”, característica esta que também não deixa de ser uma realidade atinente aos direitos de liberdade, os quais, como reconhece a autora, também são alvo de custos “transversais”<sup>235</sup>.

---

233 Para Rui Medeiros, na nova ordem constitucional, que “consagra a liberdade, não apenas perante o Estado, mas também através do Estado, tem sentido afirmar a indivisibilidade dos direitos fundamentais”. Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, *op. cit.*, p. 661.

234 Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, *op. cit.*, p. 759.

235 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, pp. 121/122.

A questão financeira, portanto, apesar de seu aspecto prático e relevante no âmbito da efetividade dos direitos, não configura elemento capaz de definir a natureza da norma, agindo, tão somente, como circunstância a exigir a compatibilização do sistema normativo, até porque, como sustenta Catarina Santos Botelho, todos os direitos fundamentais constitucionalmente garantidos tem “implicações orçamentárias”<sup>236</sup>.

---

236 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 122.

## CAPÍTULO IV

### A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS SOB A RESERVA DO POSSÍVEL

*“Taking rights seriously means taking scarcity seriously”*. - STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN<sup>237</sup>

#### 1. Os limites orçamentários do Estado

Na dicção do pensamento de Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, a abordagem “séria” da efetivação dos direitos deve corresponder a uma análise capaz de avaliar o cenário de forma responsável e equilibrada, afinal as normas de direitos fundamentais tem como destinatário o Estado, cuja atuação depende da operacionalização de sua estrutura, o que, via de regra, encontra-se dependente de sua capacidade orçamentária.

Toda a concepção da teoria até aqui esboçada, no sentido de reconhecer nos direitos sociais uma verdadeira natureza jusfundamental apta a conferir ao indivíduo direitos em face do Estado, não pode ser deslocada do plano terreno, ou seja, da realidade dos fatos<sup>238</sup>. Embora a teoria seja pensada, idealizada e projetada de acordo com as razões históricas, sociais, políticas e jurídicas que acompanharam a evolução das relações sociais e do próprio Estado, orientada, sobretudo, pelo princípio da dignidade da pessoa humana, não poderia o pensamento se dissociar da realidade<sup>239</sup>. Afinal, é exatamente para o cenário real, existente e vivo que as teorias são lançadas na tentativa de contribuir para o melhor disciplinamento das

---

237 Cf. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 94.

238 Em reforço a esta ideia, Jorge Pereira da Silva destaca que “o princípio da reserva do possível” expressa a obrigação do legislador em adotar soluções que “verdadeiramente adiram à realidade”. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, *op. cit.*, p. 581.

239 Ao abordar a tensão permanente entre “o texto constitucional e a realidade constitucional”, Catarina Santos Botelho recorre ao pensamento de Hermann Heller no sentido de reconhecer a necessidade de se estabelecer uma “ponte entre a “normatividade constitucional e as componentes axiológicas, políticas e sociológicas inerentes à vida em sociedade”. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 425.

relação humanas.

Exatamente por isto, bem como por considerar que toda a ação do Estado representa custos para o orçamento público, é que a compreensão dos direitos individuais e respectivos deveres estatais deve ser sensível a uma realidade inerente a este aspecto indeclinável da existência do Estado: o orçamento é limitado e precisa contemplar uma variedade de setores e áreas que alcance o cumprimento satisfatório dos fins a que o Estado se propõe<sup>240</sup>.

Nesta conjuntura, reconhece Ingo Wolfgang Sarlet que os mais diversos cenários tem demonstrado que “o Estado dispõe apenas de limitada capacidade” de por em prática tudo aquilo que está contemplado nas normas de direitos fundamentais sociais, razão pela qual a limitação orçamentária constitui um verdadeiro “limite fático à efetivação desses direitos”<sup>241</sup>.

Ao ser reconhecida a interferência ou limitação das ações estatais no cumprimento de seus deveres em razão da barreira orçamentária, há de se considerar que os direitos conferidos ao indivíduo, ainda que de natureza constitucional fundamental, podem ser afetados pela incapacidade financeira do Estado em arcar adequadamente com as demandas que lhe são deduzidas<sup>242</sup>. Aliás, como destaca Rui Medeiros, mesmo em “conjunturas econômicas favoráveis” os recursos financeiros do Estado são sempre escassos, exigindo a adoção de prioridades para o alcance das pretensões possíveis<sup>243</sup>.

Desta forma, o grande desafio no enfrentamento da questão é exatamente a delimitação da incidência das restrições financeiras encontradas. Afinal, de que forma e em que medida a concretização de um direito fundamental, especialmente no campo social, pode

---

240 Segundo Gilmar Ferreira Mendes, o Estado de Direito que protege os direitos fundamentais reconhece que o indivíduo tem, primeiro, direitos, e, depois, deveres perante o Estado. A este, cumpre o objetivo de melhor cuidar dos interesses e necessidades dos cidadãos. Cf. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 136.

241 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 295.

242 Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, op. cit., p. 578.

243 Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, op. cit., p. 679.

ser legitimamente afetada pelas limitações financeiras do Estado<sup>244</sup>?

## 2. Origem da cláusula da reversa do possível

Apesar de os custos das atividades estatais remontarem à própria origem do Estado, quando sua existência e funcionamento passaram a demandar investimentos na sobrevivência e defesa da pátria<sup>245</sup>, as limitações financeiras na efetivação dos direitos somente passaram a configurar uma barreira mais visível perante a comunidade quando o Estado assumiu a responsabilidade de cuidado e proteção não apenas da liberdade e segurança do cidadão, mas sim de sua própria existência digna.

Em meio a este contexto, sobretudo num período pós segunda guerra<sup>246</sup>, os Estados orientados pelo valor social de sua finalidade passaram a ser demandados para a oferta dos bens compreendidos como indispensáveis e passíveis de serem deduzidos em face do próprio Estado. Neste contexto, o entendimento do Tribunal Constitucional Federal alemão no emblemático caso “*Numerus clausus*”<sup>247</sup> constitui o marco na tentativa de equilibrar os direitos do indivíduo em face dos deveres do Estado Social, em especial pela repercussão financeira na oferta do bem ou serviço.

---

244 Ao analisar as implicações financeiras na execução do Estado social e as restrições impostas na “proteção dos mais desfavorecidos”, Catarina Santos Botelho reconhece as dificuldades em conhecer “os limites” na atuação do Estado para o atendimento mínimo do indivíduo, destacando ser esta uma questão de grande complexidade e “densidade dogmática”. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 434.

245 Cf. JOSÉ CASALTA NABAIS, “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, op. cit., p. 748.

246 O Estado pós segunda guerra é marcado pela Constituição como norma suprema. Segundo Georges Abboud, a partir de então a Constituição não apenas contempla o processo de elaboração das leis, passando a “consagrar direitos fundamentais e uma verdadeira principiologia constitucional”. Cf. GEORGES ABOUD, *Processo constitucional brasileiro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 2016, p. 104. Ainda sobre a proteção dos direitos fundamentais nas Constituições posteriores à segunda Guerra Mundial, cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., pp. 347 e ss.

247 Cf. Para maior compreensão do caso, cf. LEONARDO MARTINS, *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*, Coletânea original: Jürgen Schwabe, organização e introdução Leonardo Martins, 2005, p. 663. Ainda sobre este julgado e outros julgamentos do Tribunal Constitucional Alemão na matéria de direitos sociais, cf. ROBERT ALEXY, *Teoria do Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 436 e ss.

Naquela ocasião, dois alemães, estudantes que pretendiam ingressar no curso superior de medicina nas regiões de Hamburgo e Baviera, invocaram o direito de acesso à Universidade em decorrência da liberdade de escolha da profissão<sup>248</sup>, tendo a Corte Constitucional, contudo, indeferido a pretensão. É de se destacar que a maior relevância da decisão decorre da construção teórica acerca da contemplação do direito do indivíduo em face do dever do Estado, cuja atuação encontra-se jungida à viabilidade econômica de sua efetivação.

Assim, inobstante tenha reconhecido o direito do indivíduo ao ensino, inclusive quanto à liberdade de escolha do curso superior a ser prestigiado em condições de igualdade, o Tribunal alemão reconheceu a possibilidade de limitações na efetivação dos direitos. Segundo a Corte germânica, os direitos de “participação em benefícios não são desde o início restringidos”, muito embora estas pretensões encontrem-se “sob a reserva do possível”<sup>249</sup>.

Este entendimento, como se observa, ao tempo em que reconhece a força normativa dos direitos, trata com seriedade os impactos econômicos na execução dos direitos sociais, levando em consideração, como destaca Catarina Santos Botelho, não apenas a capacidade atual de oferta do Estado, mas também a reserva financeira em seu conjunto geral. Assim, estaria a efetivação da pretensão individual sujeita às restrições orçamentárias, as quais atuam como verdadeiros “limites” constitucionais<sup>250</sup>.

Ante sua relevância prática no âmbito de efetivação das normas de direitos sociais, é necessário analisar com o rigor pertinente o conteúdo, as características e os limites da reserva do possível, a fim de que a compreensão da aplicação da norma e sua consequente apreciação judicial contemple todos os elementos do conflito normativo de forma adequada, permitindo uma abordagem sistemática que preserve e fortaleça o sistema de direitos fundamentais.

---

248 Cf. LEONARDO MARTINS, *op. cit.*, p. 661.

249 Cf. LEONARDO MARTINS, *op. cit.*, p. 663.

250 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.* pp. 432/433.



### 3. Os requisitos estruturantes da reserva do possível

Passados mais de 40 anos desde a célebre decisão do Tribunal Constitucional alemão, é possível reconhecer que a evolução doutrinária e jurisprudencial, apesar do aperfeiçoamento do tema, não tem se distanciado do núcleo axiológico do raciocínio declinado no julgamento referenciado. Em verdade, os avanços teóricos e as construções dogmáticas que se seguiram ao nascimento do entendimento firmado convergem, em geral, para o reconhecimento do direito individual em face do Estado, cuja efetivação é diretamente influenciada pelas restrições decorrentes das limitações orçamentárias na atividade estatal<sup>251</sup>.

É, precisamente, nestes aspectos que sobressaem os principais pontos de análise da reserva do possível, destacando-se a racionalidade da demanda (*razoabilidade da pretensão*), as limitações orçamentárias (*reserva do financeiramente possível*), e, de forma mais inovadora, a escolha das prioridades (*reserva do politicamente adequado*).

#### 3.1. Razoabilidade da pretensão

É comum no estudo dos direitos fundamentais, nomeadamente na sua faceta social, restringir o espectro da reserva do possível às questões exclusivamente financeiras. Talvez por conta do “peso orçamentário” que os direitos representam, notoriamente publicizado pelos gestores públicos, ou, quiçá, porque este constitui o argumento mais fácil de ser apresentado como forma de questionar a concretização de um direito social, é de fácil percepção que a efetivação dos direitos sociais tem sido largamente questionada por conta do impacto econômico nas finanças estatais.

---

251 Com o passar dos anos, muito tem sido produzido, sendo hoje larga a aceitação de que a cláusula de reserva do possível deveria ser vista na perspectiva da “*reserva do financeiramente possível*”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 93.

Embora a questão financeira também tenha papel relevante na abordagem do assunto, a análise do julgamento que inaugurou a reserva do possível no Direito germânico demonstra ser este um daqueles temas complexos, cuja compreensão exige uma abordagem técnica e alinhada aos diversos postulados normativos. Nesta perspectiva, antes mesmo de enfrentar a questão do impacto financeiro, o Tribunal Constitucional alemão analisou o conflito a partir de uma conjuntura mais ampla. Assim, não bastava a análise do direito individual em contrapartida com o dever estatal, sendo necessário avaliar desde a condição pessoal do indivíduo até a prescindibilidade do bem e os impactos na própria sociedade.

Com efeito, apesar de as limitações financeiras serem, em geral, a causa de restrições de direitos, pois, como ressalta Gomes Canotilho, não há reservas de cofres cheios<sup>252</sup>, a decisão do Tribunal Constitucional alemão teve o mérito de enfrentar a questão abordando os diversos enfoques incidentes sobre a efetivação judicial da norma, iniciando a apreciação do tema na perspectiva da razoabilidade da pretensão.

Neste cenário, não seria suficiente limitar a discussão a uma equação matemática restrita à possibilidade de o Estado adimplir o custo do direito pleiteado. Como elemento da reserva do possível, a razoabilidade da pretensão estaria relacionada com o próprio direito pugnado, sua conformação com a necessidade individual e a afetação da sociedade. Nesta condição, Konrad Hesse, ao abordar o tema dos direitos de participação, reconhece que a viabilidade dos direitos sujeitos à reserva do possível estaria vinculada, primordialmente, àquilo “que o indivíduo pudesse razoavelmente exigir da sociedade”<sup>253</sup>.

Este, talvez, tenha sido o grande diferencial da decisão do Tribunal Constitucional alemão, na medida em que alargou a apreciação da efetivação dos direitos sociais para além da questão orçamentária que lhe é intrínseca. Em verdade, a despeito de não ser tão estudada quanto os dilemas das limitações financeiras e, na prática, não receba a atenção devida pelos aplicadores do Direito, a razoabilidade da pretensão oferece mecanismos racionalizantes das demandas lançadas em face do Estado nesta seara.

---

252 Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 481.

253 Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, op. cit., p. 44.

A bem da verdade, a apreciação da razoabilidade da pretensão é fundamental na efetivação dos direitos sociais, especialmente porque permite uma racionalidade da abordagem que não se limita às questões financeiras diretamente associadas ao custo direto da pretensão<sup>254</sup>. Isto significa dizer que o reconhecimento dos direitos sob reserva do possível pode incidir até mesmo em circunstâncias em que o Estado tenha folga financeira, exatamente porque a abordagem do instituto é mais ampla, não se restringindo, repita-se, aos critérios e limitações orçamentárias.

Para melhor compreensão do tema, importa trazer à memória o fundamento dos direitos sociais que efetivamente os qualifica como direitos fundamentais, em especial o fato de estes direitos traduzirem-se como materialização do princípio da dignidade da pessoa humana, cujo valor irradiante exige do Estado a promoção de melhores condições de vida do indivíduo<sup>255</sup>. Saber este aspecto é imprescindível para compreender que a concretização dos direitos sociais na perspectiva do dever estatal não é uma opção, mas um dever fruto de sua finalidade<sup>256</sup>. Por outro lado, à luz da posição individual, a efetivação da norma não pode ser encarada como uma vantagem aleatória, um acréscimo patrimonial ou um simples benefício de ordem financeira, já que seu fundamento encontra-se amparado no suprimimento de uma necessidade do ponto de vista de uma vida digna.

Com efeito, a primeira marca da razoabilidade dos direitos sociais estaria, como ressalta Jorge Reis Novais, voltada para as “circunstâncias concretas do caso”, traduzindo-se pelas condições pessoais do indivíduo<sup>257</sup>. Assim, somente na hipótese de efetiva

---

254 Embora o tema da racionalidade da pretensão seja destacado das questões orçamentárias para efeitos de compreensão da amplitude da reserva do possível, é inevitável reconhecer que seu fundamento, em maior ou menor medida, não deixa de ter uma raiz orçamentária, pois na hipótese, ainda que meramente acadêmica, de orçamento ilimitado, não se estaria a questionar a racionalidade do direito pretendido. Por não se conceber esta realidade, já que todo e qualquer país, por maior que seja seu grau de desenvolvimento, jamais terá condições de oferecer todas as demandas individuais, a análise da razoabilidade da pretensão desloca-se da questão meramente financeira para alcançar as condições externas do indivíduo e da coletividade que o alberga, a fim de alcançar uma relação de equilíbrio, harmonização e razoabilidade. Na visão de Jorge Pereira da Silva, esta incapacidade de o Estado “garantir aos cidadãos total segurança” decorre da própria “natureza humana” e da “natureza das coisas”. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, op. cit., p. 579.

255 Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 562.

256 Sobre a natureza fundamental do direito, o Tribunal Constitucional alemão reconheceu que “os direitos sociais de participação” não seriam restringíveis, mas as circunstâncias de cada caso é que implicariam a análise sob reserva do possível. Cf. LEONARDO MARTINS, op. cit., p. 663.

257 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 92.

necessidade do indivíduo de acesso a bem indispensável à sua condição de vida é que a posição pessoal alcançaria força a exigir do Estado a efetivação do direito, haja vista que o fundamento da pretensão estaria baseado no melhoramento da condição de vida<sup>258</sup>.

Partindo-se desta premissa, o Tribunal Constitucional alemão entendeu que a racionalidade da pretensão era fundamental na análise da obrigação do Estado, uma vez que não existiria norma constitucional que pudesse determinar a promoção, em todo tempo e em favor de qualquer interessado, de vaga no ensino superior, pois os investimentos estatais não poderiam ser determinados exclusivamente pelas pretensões individuais, as quais seriam variáveis e sujeitas a muitos fatores<sup>259</sup>.

Pela dicção da decisão germânica, faz-se necessário, portanto, um critério razoável que justifique a intervenção do Estado em favor de uma demanda individual. Sem a necessidade intransponível do indivíduo, caso este disponha, por exemplo, de condição suficiente para desfrutar do direito social por suas próprias forças e recursos, a ação do Estado não estaria justificada em nome da materialização da dignidade da pessoa humana, traduzindo-se em mera prestação de vantagem financeira. Por esta razão, a pretensão não encontraria qualquer conexão com as dimensões essenciais capazes de justificar a posição de privilégio do indivíduo em face do Estado.

Nestas condições, a razoabilidade da pretensão reclama, em primeiro plano, uma avaliação do contexto do indivíduo, algo que, neste momento, ainda não diz respeito à capacidade financeira do Estado. Aqui, como dito, a análise repercute na indispensabilidade do bem e na condição concreta do indivíduo, especialmente na sua necessidade e respectiva capacidade de custear o direito pretendido, pois se isto lhe for possível não seria razoável exigir do Estado a pretensão, estando o direito sob reserva do possível. Afinal, como ressalta Jorge Miranda, “os que podem pagar, devem pagar<sup>260</sup>”.

---

258 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, op. cit., p. 295.

259 Cf. LEONARDO MARTINS, op. cit., p. 663.

260 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 579.

Para além das condições pessoais do indivíduo, a razoabilidade da pretensão também deve ser analisada sob a perspectiva do bem buscado e sua respectiva obrigação perante o Estado, numa dimensão objetiva do direito fundamental em causa<sup>261</sup>. Neste ponto, o cerne do debate não está voltado para o indivíduo e suas condições pessoais, projetando-se para as responsabilidades do Estado. Aqui, busca-se discernir se o direito posto em causa é razoável do ponto de vista da prestação do Estado<sup>262</sup>.

Com efeito, o Tribunal Constitucional alemão ancorou seu raciocínio no próprio princípio do Estado Social, concluindo que não seria razoável que a coletividade custeasse “as pretensões subjetivas ilimitadas”. Para a Corte germânica, agir desta forma seria um desvirtuamento do sistema idealizado, configurando, por assim dizer, uma verdadeira afronta ao modelo de Estado, porquanto “incompatível com a ideia do Estado social”<sup>263</sup>.

De toda sorte, é inegável que o recurso metodológico de análise volta-se, novamente, ao princípio da dignidade da pessoa humana, através do qual se deve avaliar a exata medida da pretensão deduzida e a efetiva materialização da dignidade em causa. Assim como no primeiro ponto, o critério fundamental de definição do dever é estabelecido mediante a justificativa de prestação do bem com vistas ao melhoramento da condição humana, cujo suporte valorativo encontra-se arraigado à dignidade da pessoa humana como princípio estruturante dos direitos fundamentais<sup>264</sup>.

Este confronto da razoabilidade da pretensão sob a perspectiva da dimensão objetiva do direito permite discernir os limites do dever estatal, porquanto nem sempre uma pretensão não passível de suprimento pelo próprio interessado revela-se necessariamente uma prestação atribuível ao Estado, já que as ações estatais, sob reserva do financeiramente possível, devem ser conduzidas com vistas à preservação de uma vida digna.

---

261 Ao abordar as dimensões dos direitos fundamentais, Jorge Reis Novais afirma que o reconhecimento de um direito subjetivo dirigido ao Estado “resulta sempre uma dimensão objectiva”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, op. cit., p. 68.

262 Destaca Jorge Pereira da Silva a relevância do contexto concreto em que o decisor público deve proceder sua avaliação na análise da repercussão da reserva do possível. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, op. cit., p. 580.

263 Cf. LEONARDO MARTINS, op. cit., p. 664.

264 Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., pp. 563.

De se ressaltar que a compreensão do significado e alcance do conceito daquilo que realmente revela melhoramento das condições de vida não é tarefa simples, somando-se a tantos outros pontos tormentosos da ciência jurídica. Contudo, como lembra Catarina Santos Botelho, partindo-se da premissa segundo a qual os direitos fundamentais justificam-se por uma questão de justiça, obrigando-se o Estado a promover aquilo que é justo e indispensável, a concessão dos direitos sociais residiria no mesmo patamar de justiça “e não necessariamente aquilo que é bom”<sup>265</sup>.

Assim, embora o indivíduo não disponha de todos os bens e recursos capazes de, legitimamente, proporcionar maior e melhor desfrute da vida, as conquistas de respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, sempre decorreram de posições indispensáveis para a existência humana, não sendo um benefício de mero conforto, mas essencialmente de imprescindibilidade para a vida.

Por tais razões, a primeira questão a ser abordada na análise dos direitos sob reserva do possível é precisamente a razoabilidade da pretensão. É necessário discernir se as condições pessoais do indivíduo justificam a exigência da ação estatal, cuja atuação deve ser orientada pelo valor da dignidade da pessoa humana. Por esta razão, a concessão do direito alcança as prestações mais indispensáveis para a existência humana, não podendo ser concebida como simples benefício patrimonial.

Por outro lado, para o alcance da racionalidade da pretensão no contexto coletivo, é necessário que a demanda individual seja confrontada com a real capacidade e contextualização da coletividade, a fim de que uma pretensão pessoal não signifique a retração e a consequente impossibilidade de assistência dos demais<sup>266</sup>.

---

265 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 337.

266A análise da razoabilidade funda-se, sobretudo, na perspectiva do equilíbrio. Nesta condição, ainda que neste primeiro momento da abordagem da reserva do possível seja buscado conhecer a racionalidade da pretensão, é inevitável que eventual descompasso nesta orientação produza efeitos distorcidos no campo da atuação do Estado, o que pode significar benefício de um em detrimento dos demais. Exatamente por conta disto é que, antes mesmo da análise das questões financeiras, deve ser buscada a relação de razoabilidade da prestação. Sobre a promoção de prestações individuais e concretas dos direitos sociais eventualmente deflagrarem prejuízos na efetivação dos direitos sociais em favor da coletividade em função dos limites orçamentários que afetam os direitos sob reserva do financeiramente possível, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 34.

### 3.2. As questões orçamentárias como justificativa da reserva do possível

Tratar das questões orçamentárias do Estado é buscar conhecer sua própria atuação. Desde sua origem, a relação entre o Estado e o indivíduo sempre foi marcada por incompreensões recíprocas quanto à real capacidade de colaboração de um para com o outro. Ao mesmo tempo em que o indivíduo trata com inconformismo o excesso de custeio do Estado através dos tributos, não é menos verdade que o Estado reluta em cumprir com a integralidade das obrigações que lhe são inerentes.

Ainda que o modelo de Estado Social de Direito Democrático pautue sua finalidade no respeito aos direitos fundamentais, esta relação entre o indivíduo e o Estado - nem sempre convergente - ressalta uma questão permanente que afeta as relações sociais nos dias atuais: qual a medida da atuação do Estado em favor do indivíduo? O grande desafio – e por isso a insuperável barreira – advém da limitação do orçamento do Estado na concretização, de forma ampla e plena, de todos os direitos conferidos ao indivíduo<sup>267</sup>.

Ao se analisar a concretização dos direitos, chega-se à inevitável conclusão de que a atuação do Estado depende de investimentos, não havendo direitos isentos de custos<sup>268</sup>. Esta circunstância é de extrema relevância na aplicação dos direitos sociais, muito embora não seja um problema exclusivo destes direitos fundamentais, já que todos os direitos, inclusive os de liberdade, são passíveis de restrições decorrentes das limitações orçamentárias

<sup>269</sup>

---

267 Para Ingo Wolfgang Sarlet, a escassez de recursos não deixa de ser uma “noção artificial” que acompanha o cenário de limitação financeira, em razão da impossibilidade de satisfazer, a um só tempo, nos melhores níveis, todas as necessidades e desejos do indivíduo. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, op. cit., p. 297.

268 Cf. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, op. cit., p. 44.

269 Destaca Jorge Pereira da Silva que todos os direitos, de uma forma ou de outra, com maior ou menor intensidade, representam custos para o Estado e, por isto, “dependem dos impostos”. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, op. cit., p. 582.

Com efeito, para além da atuação dependente de investimentos, o Estado, por outro lado, tem como finalidade o cumprimento de uma larga gama de atividades destinadas ao suprimento das necessidades fundamentais do indivíduo, as quais são sempre crescentes, exigindo uma proteção estatal cada vez mais ampla<sup>270</sup>. A dificuldade na equação do problema decorre da incapacidade de o orçamento público acompanhar a mesma evolução de reconhecimento dos direitos, inviabilizando a concretização ampla dos direitos sociais.

Ao retomar a análise da decisão “*Numerus clausus*”, observa-se que o Tribunal Constitucional alemão também enfrentou a questão, entendendo que a atuação do Estado na administração do orçamento deve contemplar toda uma gama de interesses da coletividade, o que implica a necessidade de “harmonização econômica geral”<sup>271</sup>. Como revela Catarina Santos Botelho, as relações complexas da sociedade não permitem uma análise isolada das diversas ciências, havendo, neste caso, um fenômeno de interdependência entre o Direito e a Economia<sup>272</sup>.

As dificuldades no equacionamento das questões econômicas, fruto, em larga medida, da realidade de escassez de recursos, agravam-se, como reconhece Alexy, em momentos de crises econômicas, quando então a própria demanda por direitos fundamentais sociais é ampliada<sup>273</sup>. Esta circunstância exige que as decisões do Estado sejam adotadas mediante uma análise adequada dos bens em confronto, haja vista que as limitações orçamentárias implicam uma efetivação dos direitos sob reserva do possível, a qual, segundo Jorge Reis Novais, constitui uma “limitação imanente a este tipo de direitos”<sup>274</sup>.

---

270 A análise histórica da positivação dos direitos sociais evidencia esta constatação. Apesar de as reivindicações iniciais terem buscado do Estado proteção nas relações de trabalho, saúde e educação, o avanço social trouxe consigo a compreensão de que as necessidades humanas eram mais amplas, sendo que este movimento de conscientização sempre está em plena contextualização com o momento atual de cada sociedade. Exemplificando-se esta evolução dos direitos positivados como forma de atender a crescente demanda social, pode-se apontar a Constituição Federal brasileira de 1988, a qual trouxe em seu artigo 6º um vasto rol de direitos sociais. Este dispositivo, pouco mais de 10 anos depois, foi alterado pela Emenda Constitucional 26/2000, que posteriormente foi modificado pela Emenda Constitucional 64/2010 e, por fim, conta atualmente com a redação conferida pela Emenda Constitucional 90/2015. Todas estas alterações ocorreram com vistas à positivação de novos direitos antes não reconhecidos constitucionalmente como fundamentais, mas que agora alçaram o respectivo patamar, como foi o caso do direito à moradia, alimentação e transporte.

271 Cf. LEONARDO MARTINS, *op. cit.*, p. 663.

272 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 430.

273 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 513.

274 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 93.



Veja-se que a análise da capacidade financeira do Estado é posterior e autônoma em relação ao enfrentamento da questão sob o prisma da razoabilidade. Assim, ainda que a pretensão do indivíduo seja considerada razoável, a ausência de recurso disponível no orçamento estatal pode atuar como verdadeira barreira à concretização do direito social reivindicado, não havendo como obrigar o Estado a prestar o bem pretendido, razão pela qual Jorge Reis Novais opta pela designação precisa da “reserva do financeiramente possível”<sup>275</sup>.

Por estas razões, Ingo Wolfgang Sarlet reconhece na reserva do possível autêntico limite jurídico e fático, atuando como ponto de alcance dos direitos fundamentais<sup>276</sup>. Esta compreensão da realidade, alcançada mediante a análise sistemática do contexto social, econômico e jurídico reforça o pensamento de Alexy, para quem o caráter *prima facie* dos princípios exige uma realização das normas “na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes”<sup>277</sup>.

A constatação das limitações incidentes sobre o alcance das normas de direitos sociais impõe um reconhecimento no sentido de que estes direitos, embora gozem da primazia e força inerentes aos direitos fundamentais, não são absolutos, já que as obrigações do Estado, especialmente no campo prestacional dos direitos sociais, estão sujeitas às restrições financeiras. Assim como acontece com os direitos de liberdade, reconhece Jorge Reis Novais que “a força normativa que emana desta dimensão objetiva parece relativizada”, haja vista a necessidade de equacionamento dos valores e princípios que produzem efeitos em sentido conflitante<sup>278</sup>.

Compreender os direitos em sua real amplitude de efeitos é fundamental para a adequada teorização da ciência. No caso presente, a necessidade de recursos para concretização dos direitos sociais é uma conclusão inarredável, até porque a atuação estatal exige dispêndio de recursos nas suas mais diversas áreas de atuação. De qualquer sorte, o

---

275 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 93.

276 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, *op. cit.*, p. 296.

277 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, pp. 103/104.

278 Sobre as restrições financeiras do Estado na prestação dos direitos sociais, Jorge Reis Novais aponta para uma verdadeira aplicação da máxima *ultra posse nemo obligatur*. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, *op. cit.*, p. 75.

encaminhamento da natureza jusfundamental do direito exige que o tema seja tratado na ordem correta de enfrentamento do conflito, sob pena de a inversão da abordagem elevar a realidade financeira a uma posição superior ao próprio direito fundamental, numa verdadeira alteração dos fins do Estado.

Esta advertência revela-se oportuna na medida em que ao reconhecer que a prioridade do Estado é o respeito, proteção e promoção dos direitos fundamentais sociais, as limitações orçamentárias que justificam a aplicação da reserva do possível atuam como condição de exceção ao cumprimento do comando normativo constitucional<sup>279</sup>. Assim, as restrições financeiras, como exceções que se configuram à plena aplicação dos direitos fundamentais, devem ser adequadamente justificadas, não podendo, como adverte Catarina Santos Botelho, ser admitidas como “manobra escapatória para o Estado”<sup>280</sup>.

Ainda sobre este aspecto das limitações orçamentárias, faz-se oportuno o registro da real compreensão da restrição financeira na concretização do direito social do indivíduo. Em rápidas palavras, até porque este tema será adequadamente tratado no Capítulo II, do Título II, pode-se antecipar que a concretização do direito social fundamental do indivíduo, como causa de afetação de recursos originariamente destinada a “todos”, colide com aquilo que se denomina “interesse social”, compreendendo esta expressão a noção de “coletividade” ou “terceiros”.

Nesta perspectiva, diante dos custos relevantes dos direitos e das limitações orçamentárias inegáveis, o conflito na efetivação das normas de direitos sociais decorre da norma que confere posições semelhantes a terceiros, haja vista que a materialização dos direitos estará a exigir investimento de recursos que estão integrados no mesmo orçamento do Estado<sup>281</sup>.

O conflito, portanto, estabelece-se entre a norma que confere uma posição de privilégio ao indivíduo, com vistas à garantia de um direito social, e a norma que confere o mesmo direito ou outro qualquer direito social, também de natureza fundamental, a terceiros.

---

279 Sobre a força expansiva das normas de direitos fundamentais, cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, op. cit., p. 80.

280 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 433.

281 Cf. LUIZ ANTONIO FREITAS DE ALMEIDA, *Direitos Fundamentais Sociais e Ponderação: Ativismo irrefletido e controle jurídico racional*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris Ed., 2014, p. 241.

São estas forças de mesma natureza jusfundamental que estão em conflito, cuja causa reside na impossibilidade financeira do Estado de custear, ampla e plenamente, os direitos sociais em causa.

Ressalte-se que a reserva do possível não constitui, *per se*, uma norma contrária que gera uma situação de colisão com normas de direitos sociais que conferem uma posição de vantagem prestacional ao indivíduo. Conforme já visto, as limitações financeiras apenas revelam a impossibilidade de concretização ampla e plena dos direitos a todos os que necessitam da atuação estatal, razão pela qual o conflito normativo deflagra-se entre estas mesmas normas fundamentais que conferem direitos sociais a todos os indivíduos que deles necessitarem.

Assim, ao reconhecer que a atuação estatal demanda custos, impedindo que o Estado promova na plenitude todos os direitos sociais, o conflito na efetivação do direito decorre da norma que também confere direitos aos outros indivíduos, devendo o sopesamento ser realizado sobre as normas-princípios de direitos fundamentais<sup>282</sup>, agindo a reserva do possível apenas como justificativa da impossibilidade do agir integral do Estado.

### **3.3. As decisões de alocação de recursos e a reserva do politicamente adequado**

Além dos requisitos já tão densamente trabalhados na doutrina que procuram estabelecer os limites da reserva do possível, acima explanados, tem surgido com bastante solidez a compreensão no sentido de que a reserva do possível teria uma terceira dimensão, a qual estaria afeta aos “conflitos entre as opções públicas”<sup>283</sup>. A repercussão nesta seara decorre da compreensão de que, em geral, ainda que o Estado sofra com problemas orçamentários frente às mais diversas necessidades a serem supridas, a escassez, como adverte Jorge Reis

---

282 Ao considerar a vida em comunidade, na qual as pessoas convivem e pertencem ao mesmo grupo, Jorge Miranda assenta que “os direitos de cada um tem por limites os direitos das demais pessoas”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 413.

283 Ao abordar as escolhas e opções que o gestor deve efetivar com alocação de recursos, Jorge Reis Novais reconhece um verdadeiro conflito na esfera decisória. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 93.

Novais, “nunca é absoluta”<sup>284</sup>.

De qualquer sorte, como lembra Gilmar Ferreira Mendes, há inevitavelmente uma atuação pautada numa decisão, cuja relevância do conflito e, paralelamente, exclusão de um direito, conduz a uma verdadeira “escolha trágica”<sup>285</sup>, na medida em que a alocação de recursos públicos na concretização de um direito implicará na desalocação daquele recurso em benefício do suprimido da necessidade de um terceiro.

Diante destas circunstâncias, ou seja, de um lado a necessidade de efetivação de diversos direitos sociais, e, de outro, um orçamento incapaz de atender todas as demandas, a concretização dos direitos estaria sujeita à uma reserva do politicamente adequado ou oportuno<sup>286</sup>. Isto porque o poder político teria a obrigação de tomar uma decisão que, ao tempo em que beneficia alguns, acaba por deixar de atender tantos outros. Esta avaliação, por óbvio, há de ser plenamente justificável, inclusive no aspecto da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade, da igualdade, etc, sob pena de violação aos direitos fundamentais protegidos.

Esta, sem dúvida, consiste numa importante delimitação da reserva do possível. Além da razoabilidade da pretensão e das questões ligadas à limitação orçamentária, a concretização do direito social deve pautar uma esfera de adequação política que favoreça o máximo aproveitamento dos investimentos públicos, a fim de que a reserva do possível, ao invés de eximir o Estado de um dever, condicione-o a uma atuação com base no “tanto quanto possível”<sup>287</sup>.

Mais uma vez recorrendo à decisão “*Numerus clausus*”, do Tribunal Constitucional alemão, é possível identificar que o entendimento ali consignado já sinalizava para esta necessidade, não sendo satisfatório para compreensão da reserva do possível apenas a análise dos requisitos da razoabilidade da pretensão e das limitações orçamentárias. Neste sentido, ao entender que “a extensão e as prioridades da expansão do ensino superior”

284 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 93.

285 Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Curso de Direito Constitucional...*, op. cit., p. 643.

286 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, op. cit., pp. 120/121.

287 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 294.

caberiam ao Legislador<sup>288</sup>, o Tribunal alemão reconheceu que a reserva do possível tem uma dimensão para além dos critérios já tão densamente trabalhados.

De se ressaltar que o entendimento acerca da reserva do politicamente adequado não afasta a legitimidade do Poder Judiciário na apreciação de eventual ofensa ao direito fundamental protegido, tanto que no referido julgado o Tribunal alemão, embora tenha reconhecido a margem política na fixação de critérios, continuou o julgamento do processo, não havendo embaraços nas respectivas atuações.

De qualquer sorte, o que se pretende com esta abordagem é a compreensão de que a dogmática jurídica dos direitos sociais necessita de um firmamento consentâneo com a natureza e peculiaridades próprias de sua concretude. Embora de natureza jusfundamental, as normas de direitos sociais, como lembra Alexy, são muitas vezes gerais, indeterminadas, permitindo a existência de dúvidas quanto à fixação de seu exato conteúdo, ante sua indefinição semântica<sup>289</sup>.

De fato, embora as palavras que definem os direitos sociais, a exemplo de saúde, ensino, trabalho, moradia, alimentação, etc, sejam facilmente identificadas na compreensão linguística de cada indivíduo, é notória a dificuldade na definição de seu exato conteúdo normativo, na medida em que cada um destes direitos, através da forma como são constitucionalmente positivados, permite uma larga margem de densificação.

Para além disto, o enquadramento jurídico dos respectivos níveis de atenção em cada uma das áreas protegidas pelas normas de direitos sociais depende de uma análise acerca da viabilidade política e econômica da própria prestação social, sendo esta uma temática que desperta profundos debates e fortes dúvidas na apreciação da matéria, em especial no exercício do controle judicial das políticas públicas adotadas.

---

288 Cf. LEONARDO MARTINS, *op. cit.*, p. 663.

289 Sobre o caráter indeterminando da maioria dos direitos fundamentais, cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, p. 507. Seguindo o mesmo entendimento, ao reconhecer que o conceito de direito social “é polissêmico, indeterminado e, sem dúvida, impreciso”, cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 133. Ainda sobre a indeterminabilidade jurídico-constitucional dos direitos sociais, inclusive adotando o entendimento de serem inviáveis na perspectiva de “pretensões jurídicas originárias”, cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 481.

Esta dificuldade, como destaca Rui Medeiros, advem dos inúmeros comandos constitucionais que conferem direitos em face do Estado, mas que, além de serem os recursos orçamentários limitados, não oferece a Constituição um padrão de prioridade capaz de fornecer elementos concretos quanto ao atendimento das “incumbências constitucionais”<sup>290</sup>. Assim, cabe ao gestor público adotar critérios capazes de justificar a alocação de recursos em face das prioridades estabelecidas nas políticas políticas, caracterizando a “reserva do politicamente adequado”.

Exatamente por isso, a conformação do conteúdo da norma deve ser alinhada aos demais princípios constitucionais, o que, por vezes, exige uma análise quanto à adequação e oportunidade de certas escolhas. Assim, reconhecendo, como destacado por Jorge Pereira da Silva, que a reserva do possível deve ser perspectivada como uma “exigência positiva de realismo, de verdade e de transparência”<sup>291</sup>, a incapacidade de promover todos os direitos nas mesmas condições de espaço e tempo exigirá uma justificativa razoável e constitucionalmente sustentável quanto à escolha daqueles direitos efetivados.

#### **4. Breves anotações sobre a indistinta sujeita dos direitos fundamentais à reserva do possível**

O estudo mais aprofundado da atuação do Estado no respeito dos direitos fundamentais evidencia uma verdade muita vezes desconsiderada pelo intérprete: todos os direitos representam custos para o Estado. Para além disto, também é certo que o orçamento estatal é limitado, não havendo como funcionar adequadamente um sistema que não considere, como assinala Holmes & Sunstein, as consequências orçamentárias decorrentes da proteção de direitos<sup>292</sup>.

---

290 Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, *op. cit.*, pp. 679/680.

291 Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, *op. cit.*, p. 580.

292 Cf. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 97.

A convergência destas duas conclusões afeta diretamente a compreensão dos direitos fundamentais, na medida em que a limitação orçamentária para o respectivo custeio acaba por afetar a concretização dos direitos de forma indistinta, restringindo, em maior ou menor grau, tanto a efetivação dos direitos sociais quanto a proteção dos direitos de liberdade. De fato, como assinala Jorge Reis Novais, “no plano da realidade fática” a proteção dos direitos depende da disponibilidade financeira do Estado, quer se tratem de direitos de liberdade, quer se considerem os direitos sociais<sup>293</sup>.

Talvez por conta de, tradicionalmente, os direitos de liberdades terem sido classificados como posições negativas, aptas a desafiar uma abstenção do Estado, pretendeu-se entender que este suposto *non facere* do Estado seria uma forma de conceber a atuação estatal isenta de qualquer custo. Por tal razão, se estes direitos não dependiam de investimento para o custeio do *facere* estatal, não estariam, portanto, sujeitos aos limites da reserva do possível.

Ocorre, porém, que a análise mais sistemática do complexo funcionamento estatal revela que o Estado não atua - porque não existe - sem custos, sem investimentos capazes de suportar o “peso” de sua existência. Nestas condições, mesmo quando a proteção exigir uma abstenção naquela área reivindicada e independente do direito posto em causa, a proteção da garantia conferida a indivíduo importará numa movimentação da estrutura física e humana que compõe o Estado.

Esta estrutura estatal deve se encontrar apta a resguardar o direito fundamental do indivíduo, seja através da manutenção dos serviços judiciais colocados à disposição do cidadão, seja através do custeio da atividade legislativa destinada a regular as diversas relações sociais, seja, ainda, através do corpo de agentes que, em diferentes áreas, representa a força estatal e se encontra permanentemente à disposição do indivíduo.

Ao conceber a atuação do Estado com estas características, vê-se que qualquer pretensão perante o Estado é verdadeiramente sujeita a dispêndios financeiros, sendo perfeitamente possível que o Estado, em muitas situações, invista mais recursos na garantia de direitos de liberdade do que na efetivação de direitos sociais<sup>294</sup>. Por tal razão, a garantia

---

293 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 103.

294 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 110.

daqueles direitos também está sujeita à reserva do possível, já que o Estado terá de concretizar diversos direitos, ao mesmo tempo, contando com um orçamento nem sempre compatível com o montante necessário a investir<sup>295</sup>.

Estas restrições são perceptíveis no campo das garantias fundamentais quando o Estado precisa colocar à disposição do cidadão uma estrutura capaz de promover a defesa de posições afetas aos clássicos direitos de liberdade, sendo, da mesma forma, também plenamente identificadas no campo dos direitos políticos ou mesmo do direito de propriedade. Em relação aos primeiros, como dito, a carência de recursos limita a estrutura do Estado, dificultando ou retardando a defesa dos direitos do indivíduo, numa clara restrição aos direitos fundamentais por conta da sujeição à reserva do possível.

Da mesma forma, não é diversa a situação dos direitos políticos e do direito de propriedade, quando então o Estado necessita investir grande volume de recursos, o que dificilmente alcançará na plenitude a pretensão individual de proteção dos direitos fundamentais violados. Assim, pode-se concluir que da mesma forma que acontece com os direitos sociais, os direitos de liberdade também acabam por ser restringidos em face das limitações financeiras do Estado, não havendo, portanto, diferenças em termos de “afecção por essa reserva, entre os dois tipos de direito”<sup>296</sup>.

---

295 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 108.

296 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 115.



## **TÍTULO II**

### **A APRECIÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS**

## CAPÍTULO I

### A APRECIÇÃO JUDICIAL DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

*“Trata-se, simplesmente, de referências exemplificativas, e o seu objetivo pretende ser apenas o de mostrar como, ainda que na profunda diversidade das situações concretas e dos instrumentos jurídicos adotados para resolvê-las, a necessidade de impor um limite ao próprio legislador, e de torná-lo efetivo através de um controle judicial, é uma necessidade profundamente radicada na história, mesmo antiga, da civilização humana”. - MAURO CAPPELLETTI<sup>297</sup>*

#### 1. Tutela judicial e o princípio da separação dos poderes

A noção de poder estatal decorre da origem do próprio Estado<sup>298</sup>, sendo que a concepção de Estado carrega em si o exercício de poder, o qual, em tempos de absolutismo, era exercido em toda a sua plenitude pelo Monarca<sup>299</sup>.

---

297 Cf. MAURO CAPPELLETTI, *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direitos comparado*, tradução de Aroldo Plínio Gonçalves, Porto Alegre, Fabris, 1984, p. 45.

298 Embora, muitas vezes, a palavra Estado seja utilizada em sentido mais amplo, remontando às formas políticas da *polis* grega, trata-se, em verdade, de organismo recente na história da humanidade, sendo, neste trabalho, utilizado o sentido mais técnico do termo. Ademais, ainda que o termo seja motivo de divergências conceituais, a expressão Estado de Direito será utilizada sempre na perspectiva de um Estado racionalizado em face de uma limitação jurídica que protege o sistema e o indivíduo de abusos e arbítrios de terceiros e do próprio Estado. Neste sentido, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 47.

299 Numa visão global das formas possíveis de governo, John Locke, ao defender as bases do liberalismo em contraponto com o paternalismo de Robert Filmer, reconhecia três possibilidades de governo: a primeira seria a democracia, quando a maioria dos homens exerceria todo o poder da comunidade para as deliberações necessárias; a segunda seria a oligarquia, quando o poder fosse exercido por um pequeno grupo, enquanto que a terceira seria a monarquia, resultado da colocação do poder nas mãos de um só homem. Esta concepção quanto às possibilidades de forma de governo, embora não fosse nova, justificava no pensamento de Locke a finalidade da união em sociedade como sendo o usufruto das propriedades em paz e segurança, sendo a lei o instrumento para realização deste fim. Isto explicava, por exemplo, o reconhecimento do Poder Legislativo como “o poder supremo em todas as comunidades políticas”, muito embora não pudesse ser absoluto, tampouco arbitrário. Cf. JOHN LOCKE, *Dois*

Um dos desafios do Estado moderno, ainda em seu surgimento, era exatamente adaptar o exercício do poder a um cenário no qual houvessem tarefas atribuídas a mais de um titular, a fim de evitar que a centralização do poder conduzisse a ação do Estado em prol de um único indivíduo. Ao contrário, deveria o Estado atuar em favor de todos, com firmamento de direitos e deveres em relação ao próprio Estado. Para a concretização desta finalidade, inovou o Estado de Direito com suas três principais bases de sustentação: separação de poderes, constitucionalismo e democracia.

Atento, no momento, ao primeiro fundamento, tem-se que a divisão do poder estatal, mais do que uma corrente teórica, traduziu-se como uma necessidade de limitar a concentração do poder estatal na esfera de atuação de um único titular. Embora esta noção seja tradicionalmente atribuída a Montesquieu, pode-se apontar para John Locke as bases teóricas de um dos mais importantes pensamentos da teoria política do Estado Moderno, a saber: o poder estatal precisa ser dividido em diferentes competências<sup>300</sup>.

Não há dúvidas de que o pensamento político tem avançado nos últimos três séculos de forma extraordinária, sendo a divisão do poder um dos destaques de maior atenção quando o assunto é a concepção do poder estatal. O próprio Montesquieu, já no século seguinte a Locke, ao classificar os três tipos de poderes de cada Estado, nominou-os de “poder legislativo, poder executor das coisas que dependam do direito dos povos, e o poder executor das coisas que dependam do direito civil”<sup>301</sup>.

Só este registro do avanço do pensamento acerca do tema, mesmo em seu nascedouro, já é capaz de evidenciar que a compreensão da teoria gera estudos, debates e desafios contínuos, demonstrando que a noção da separação de poderes como princípio tem avançado no curso da história, remodelando-se de acordo com as necessidades sociais de proteção do próprio indivíduo.

---

*Tratados do Governo Civil*, tradução de Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2012, pp. 319/322.

300 De fato, Locke reconhecia que ao Legislativo competia a direção da comunidade política, mas, por sua vez, afirmava que o Legislativo nem sempre estaria em funções, pelo que seria necessário um outro poder que estivesse sempre apto para garantir a execução das leis, sendo estes poderes separados. Além destes, haveria um outro, com “poder de guerra e paz”. Segundo o próprio autor, desde que bem compreendida a estrutura, o nome para este “poder” seria indiferente. Cf. JOHN LOCKE, *op. cit.*, p. 330.

301 Cf. MONTESQUIEU, *Do espírito das Leis*, tradução de Miguel Morgado, Lisboa, Edições 70, 2015, p. 305.

De qualquer sorte, analisando, neste momento, a divisão do poder do Estado que, para muitos, seria mais adequado atribuir a classificação de divisão de funções ou “complexos de órgãos”<sup>302</sup>, já que o poder seria indivisível, vê-se que desde sua essência há uma clara separação entre as atividades de gestão e a atuação repressiva do Estado. Assim, no pensamento de Montesquieu, o Legislativo se ocuparia da elaboração das leis, enquanto que o poder executor das coisas que dependem dos direitos dos povos seria competente para fazer paz e guerra, relacionando-se com os demais povos. Já o poder de julgar, segundo as regras do Direito, estaria afeto ao direito de punir os crimes.

Embora estas funções fossem concentradas na figura do Monarca até o fim do Absolutismo, o Estado de Direito reclamava uma separação destas competências, associando Montesquieu a necessidade de sua separação ao exercício da própria liberdade, já que este valor pressupunha que nenhum cidadão tivesse receio de um outro indivíduo<sup>303</sup>. Esta incompatibilidade seria verificável na hipótese de reunião dos poderes legislativo e executor na mesma pessoa, o que poderia gerar “leis tirânicas para as executar tiranicamente”<sup>304</sup>.

Na visão de Montesquieu, portanto, o poder de julgar também deveria ser separado dos demais, porquanto a união deste poder com a competência para elaborar leis resultaria num poder “sobre a vida e a liberdade dos cidadãos”, configurando uma arbitrariedade. Assim, para Montesquieu, seria imprescindível que o poder fosse exercido por mais de uma pessoa, já que “tudo estaria perdido” se o mesmo homem exercesse esses três poderes<sup>305</sup>.

---

302 Na visão de Gomes Canotilho, “poderes são sistemas ou *complexos de órgãos* aos quais a Constituição atribui certas competências para o exercício de certas funções”. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 543.

303 Na compreensão de Paulo Otero, efetivamente foi Locke quem primeiro proclamou os direitos do homem, reconhecendo a liberdade e a igualdade entre os homens, os quais deveriam se subordinar ao poder do Estado. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 186/187.

304 Cf. MONTESQUIEU, op. cit., p. 305.

305 Cf. MONTESQUIEU, op. cit., p. 306.

Compreendida a relação indissociável entre o surgimento do Estado de Direito e a separação de poderes<sup>306</sup>, observa-se uma questão deveras relevante na evolução do princípio, já que o Estado Moderno trouxe consigo desafios nunca experimentados. Para tanto, os ajustes necessários para adequação dos cenários exigiram um paulatino aprofundamento do conceito, a fim de que a contemporização dos novos contextos evoluísse de forma satisfatória.

Enquanto a teorização da atuação do Estado era concebida numa relação Estado vs. indivíduo, na perspectiva de hierarquia soberana, inexistia qualquer problema na concepção do princípio da separação de poderes, já que as funções eram exercidas de forma praticamente autônoma, não havendo severos conflitos na atuação interna do Estado. Ocorre, porém, que uma das características do Estado de Direito era exatamente sua concepção como um sujeito de direitos e deveres<sup>307</sup>, expondo-se uma situação até então desconhecida: o Estado como sujeito de direitos e deveres e, como tal, deveria obediência à Lei<sup>308</sup>.

Neste diapasão, a noção inicial, na qual as funções estatais seriam concebidas e classificadas pela tríade executiva (competência administrativa), legislativa (atividade de elaboração de leis) e judiciária (atuação coerciva, punitiva), necessitava de uma contextualização<sup>309</sup>, haja vista que o princípio da separação de poderes não se resumia à uma divisão de tarefas, mas sim num intrincado sistema de *checks and balances*, cuja

---

306 Na visão de Paulo Otero, o grande bem a ser protegido pela limitação dos poderes era a liberdade. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 190.

307 Para Jorge Reis Novais, a concepção de Estado de Direito exigia do Estado uma posição na relação com o indivíduo que o identificasse como “sujeito de direito”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*, op. cit., p. 44.

308 Usa-se aqui, por razões didáticas, a palavra “lei” como diretriz limitadora da atividade do Estado, a qual este devia obediência. Por certo, tecnicamente falando, esta é uma expressão mais adequada para o modelo histórico do Estado Liberal, quando, nas palavras de Carlos Blanco de Moraes, “a força da lei definia-se como ‘soberania em ação’”. Diante da evolução para o Estado Social de Direito, melhor seria uma abordagem na perspectiva da Constituição, por ser esta a norma jurídica suprema que estabelece integração, organização e disciplinamento jurídico do Estado. Contudo, diante da lacuna do valor supremo da Constituição no século XIX, quando a Europa não atribuía valor jurídico pleno ao Texto Constitucional, utiliza-se, neste momento, a limitação à “lei” como sendo a sujeição do Estado aos deveres legais. Acerca da “pluralidade das forças legais”, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*, Editora Verbo, 2007, p. 91.

309 Segundo Paulo Bonavides, não se pode negar a importância do princípio da separação dos poderes como “arma necessária” para o exercício da liberdade nos séculos XVIII e XIX. Contudo, os avanços do constitucionalismo e o reconhecimento dos fins do Estado tem causado contradições e incompatibilidade na compreensão antiga da divisão dos poderes, tornando o princípio em alusão decadente. Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 86.

reinterpretação tem sido fortemente exigida no decorrer dos anos<sup>310</sup>.

Em verdade, ao evoluir para a concepção do poder uno e indivisível, reconhecendo-se que o poder é soberano e pertence ao Estado, a “divisão de funções” passou por uma releitura, ocupando um espaço bem maior na preservação da unidade, através do sistema de controle recíproco, permitindo a autocontenção dos “poderes” com vistas a preservação do próprio Estado. Do contrário, como ressalta Catarina Santos Botelho, estar-se-ia diante de uma concepção estrita que não acompanharia a necessidade de interação entre os poderes<sup>311</sup>.

Por certo, este novo momento importou em mudanças significativas na concepção do funcionamento do Estado, em especial na compreensão do princípio da separação de poderes. Até então, a força administrativa e legislativa do Estado, praticamente centrada num único propósito, atuava de forma independente, acreditando-se que a Lei traduzia a vontade do povo e, segundo as regras democráticas concebidas, o governo deveria caminhar segundo as regras aprovadas pela maioria.

Inobstante esta compreensão, sobretudo a perspectiva da democracia, o Estado viu-se obrigado a respeitar o Texto Constitucional, em especial pela atuação dos órgãos de fiscalização de constitucionalidade<sup>312</sup>, os quais, em maior ou menor medida, passaram a confrontar os atos normativos e decisões administrativas com as regras constitucionais, afastando a validade daqueles que estivessem em desacordo com a Constituição<sup>313</sup>.

---

310 Reconhecendo um constante renascimento do princípio da separação de poderes, cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 570/571.

311 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 488.

312 Ao traçar uma distinção entre “Justiça Constitucional” e “Jurisdição Constitucional”, Maria Lúcia do Amaral aponta para uma diferença baseada no modelo de fiscalização de constitucionalidade que se associa ao primeiro termo, enquanto que o segundo seria afeto à instituição que teria a competência para a defesa da Constituição. Daí, apontam-se as diferenças entre os modelos americano e europeu, mas acrescenta que a diferença substancial entre os modelos tornou-se praticamente “irrelevante”. Cf. MARIA LÚCIA DO AMARAL, “Acesso de particulares à jurisdição constitucional”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, pp. 699/723, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, pp. 699/700.

313 Sobre a atuação da Justiça Constitucional como fundamento do funcionamento das instituições do Estado de Direito, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, op. cit., pp. 29/30.

A grande verdade, como ressalta Paulo Bonavides, é que o princípio da separação de poderes sofreu mudanças sensíveis na sua concepção, não mais oferecendo “em nossos dias o fascínio das primeiras idades do constitucionalismo ocidental<sup>314</sup>”. Este novo momento, em paralelo com a evolução do constitucionalismo e a proteção dos direitos fundamentais, exigiu uma releitura da separação de poderes, não mais sendo compatibilizado o princípio com as regras de distanciamento concebidas no século XVIII<sup>315</sup>.

Em sua nova fase, o Estado de Direito não se resumiria a uma instituição sujeita à Lei, despontando como um organismo politicamente organizado, através de um Texto Constitucional, com previsão de direitos fundamentais do indivíduo, para os quais existiam instituições competentes para o controle da constitucionalidade dos atos do governo<sup>316</sup>. Nesta novel etapa do constitucionalismo moderno, foi marcante, como reconhece Luís Roberto Barroso, “a ascensão institucional do Poder Judiciário”<sup>317</sup>.

Com efeito, a atuação da Justiça Constitucional<sup>318</sup> na nova dinâmica da separação de poderes surgiu como necessidade de proteção da própria Constituição, porquanto, diante da divisão do poder estatal entre Executivo, Legislativo e Judiciário, a fiscalização da constitucionalidade das leis estaria submetida a um dos três poderes, não

---

314 Cf. PAULO BONAVIDES, *Do Estado Liberal ao Estado Social*, op. cit., p. 66.

315 Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 568/569.

316 Sobre o respeito aos direitos fundamentais e a mudança no pensamento do constitucionalismo após a segunda guerra mundial, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 198. Sobre as mudanças do constitucionalismo, Maria Lúcia Amaral destaca que a jurisdição constitucional “mudou e muda a estrutura do Direito”. Assim, os processos deixam de ser uma questão de política do Direito para desafiar o interesse crítico da própria ciência do Direito. Cf. MARIA LÚCIA AMARAL, “Competências complementares do Tribunal Constitucional português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*, Vol. II, pp. 43/55, Coimbra Editora, 2012, p. 45.

317 Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, “Democracia, Constituição e Supremacia Judicial: Direito e Política no debate contemporâneo”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, pp. 425/452, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 426.

318 Em razão dos dois modelos fundamentais de órgãos de controle de constitucionalidade (americano e europeu), será utilizado o termo “Justiça Constitucional” como expressão comum para a instituição encarregada de atuar na fiscalização da constitucionalidade, podendo dizer respeito ao Tribunal Constitucional europeu ou às Supremas Cortes, como é o caso, por exemplo, dos Estados Unidos da América e Brasil. Por esta razão, e também porque não seria metodologicamente oportuno, neste trabalho, debruçar-se sobre a história, características, similitudes e diferenças entre os dois sistemas principais de controle de constitucionalidade, eventualmente será utilizada a expressão Justiça Constitucional ou Poder Judiciário como termos suficientes para descrever a presença de uma instituição estatal destinada à fiscalização de constitucionalidade.

sendo lógico, tampouco produtor, que o controle fosse atribuído ao próprio “poder” responsável pela elaboração do ato. Por esta razão, consistiria o Judiciário, naturalmente, na função mais adequada para este mister, afinal, segundo Kelsen, “nenhum outro princípio técnico-jurídico é tão unânime quanto este: ninguém pode ser juiz em causa própria”<sup>319</sup>.

Neste particular, retornando ao pensamento ainda do século XVIII, sobretudo nos escritos de Alexander Hamilton acerca da configuração da separação de poderes no contexto americano, é de se destacar que a idealização do princípio não tinha a pretensão de apontar a superioridade de qualquer dos “poderes” inerentes ao Estado, atuando qualquer deles no limite da autoridade constitucional. Por esta razão, o controle de constitucionalidade, no âmbito da separação de poderes, estaria relacionado com a supremacia da Constituição, a qual, em última instância, condensava a vontade soberana do povo<sup>320</sup>.

De qualquer sorte, o desenvolvimento do conceito de Estado e sua constante evolução no curso natural da história tem aperfeiçoado, sobretudo com o reconhecimento dos direitos fundamentais do indivíduo, as ideias iniciais do princípio da separação de poderes<sup>321</sup>.

---

319 Cf. HANS KELSEN, *Jurisdição constitucional*, Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérulo da Cunha, 1ª ed., São Paulo, Martins Pontes, 2003, p. 240.

320 Na visão de Alexander Hamilton acerca da separação de poderes, a declaração de nulidade dos atos do Legislativo contrários à Constituição não significava eventual superioridade do Judiciário em face dos demais poderes, mas sim a autoridade da própria Constituição. Em sua contribuição aos *Federalist Papers*, nomeadamente o de nº 78, Hamilton deixou claro que o Legislativo não poderia extrapolar os limites impostos pelo próprio Texto Constitucional, reconhecendo que seria de clareza inigualável o princípio segundo o qual há de se declarar nulo “o ato de uma autoridade delegada, que não esteja afinada com as determinações de quem delegou essa autoridade”. Por esta razão, não seria válido qualquer ato legislativo contrário à Constituição. Em sua conclusão, Hamilton entendia que o raciocínio contrário significaria admitir que “o representante é superior ao representado, que o escravo é mais graduado que o senhor, que os delegados do povo estão acima do próprio povo”. Assim, sendo o poder titularizado pelo povo, cuja soberania seria inegável, os seus representantes não poderiam agir além dos limites autorizados, tampouco segundo o que previamente era proibido. Cf. ALEXANDER HAMILTON, *O Federalista*, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay, trad. de Heitor Almeida Herrera, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1984, pp. 577/578. Corroborando com o pensamento de Alexander Hamilton, no sentido de que a atuação da Suprema Corte seria um desenvolvimento natural da “função judicial”, cf. MARIA LÚCIA AMARAL, “Acesso de particulares à jurisdição constitucional”, *op. cit.*, p. 707. Por sua vez, ao olhar para a Constituição alemã, ainda no final de sua primeira década de existência, Otto Bachoff apontava que a extensão da função de controle de constitucionalidade atribuída pela Lei Fundamental de Bonn ao poder judicial significava “*un incremento acentuado del poder del juez y, necesariamente, una disminución proporcional del poder del Legislativo y del Ejecutivo*”. Cf. OTTO BACHOFF, *Jueces y Constitución*, 1ª ed. (trad. do original publicado em 1959 pela casa editorial J.C.B. Mohr), Madrid, Editorial Civitas S.A, 1985, p. 27.

321 Destacando a compreensão da separação de poderes como um fenômeno imprescindível na estrutura do regime democrático, Georges Abboud ressalta a “racionalização do poder” como o elemento intrínseco que lhe é subjacente. Cf. GEORGES ABOUD, *op. cit.*, p. 703.



Neste sentido, como reconhece Jorge Pereira da Silva, o equilíbrio da separação de poderes mantém-se preservado, na medida em que a atuação dos Tribunais encontra-se circunscrita ao caso concreto, permanecendo o Legislador com o primado da função legiferante<sup>322</sup>.

## 2. Legitimidade contramajoritária e a defesa dos direitos fundamentais

Invariavelmente, a apreciação judicial das normas de direitos fundamentais suscita questionamentos acerca da legitimidade da Justiça Constitucional na análise do conflito normativo constitucional, ao argumento de que, sendo a lei resultado da vontade da maioria parlamentar, não caberia a um poder diverso de sua elaboração (Judiciário), sem a “devida” representação democrática, ou mesmo a um órgão criado com esta específica finalidade, a invalidação da lei, sob pena de ofensa ao princípio democrático<sup>323</sup>.

A análise mais atenta do tema revela que o pensamento firmado nesta premissa toma por base conceitos e perspectivas diversos dos institutos formados no curso da história, merecendo, a toda evidência, esclarecimentos adequados para o correto entendimento da questão, em especial quanto à dimensão do princípio democrático<sup>324</sup>. Com efeito, embora a

322 Acrescenta Jorge Pereira da Silva que mesmo nos casos de confronto das omissões legislativas no campo de proteção dos direitos fundamentais, as decisões judiciais não “impedem sequer o legislador de emanar uma regulamentação nova da matéria em questão, eventualmente em contraste com as soluções alcançadas jurisprudencialmente”. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, op. cit., p. 687.

323 As críticas contra a legitimidade da Justiça Constitucional são mais comuns em tempos de crise, quando, em geral, o Governo/Estado pretende agir com mudanças que contrariam direitos fundamentais. Nestas circunstâncias, ao ser desafiado a apreciar a matéria, o órgão de controle de constitucionalidade acaba por invalidar atos dos demais poderes por razões de inconstitucionalidade, motivando os Poderes Executivo e Legislativo a questionarem a legitimidade da Justiça Constitucional. Sobre o assunto, cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, op. cit., p. 451. Acerca da atuação contramajoritária da Justiça Constitucional, cuja concepção seria uma “*deviant institution in the American democracy*”, cf. ALEXANDER MORDECAI BICKEL, *The Least Dangerous Branch, The Supreme Court at the Bar of Politics*, Indianápolis, New York, The Bobbs-Merrill company, INC. A subsidiary of Howard W. Sams & Co., INC, 1962, p. 18. No mesmo sentido, cf. JEREMY WALDRON, *The Core of the Case Against Judicial Review*, The Yale Law Journal, 2006, p. 1349. Ainda sobre as posições que abordam a atuação contramajoritária da Justiça Constitucional, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 26, e LUÍS ROBERTO BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, op. cit., p. 76.

324 Na perspectiva de Paulo Otero, o “positivismo oitocentista, fundado no culto da lei, originou um Estado de Direito formal”. Para o autor, a ausência de limites e negação da validade da lei por critérios de justiça permitia que tudo fosse reduzido ao “Direito”, abrindo, com isso, as portas “para um Estado de não-

forma democrática de governo seja comumente tratada como um sistema orientado pelas decisões da maioria, o desenvolvimento do Estado moderno tem demonstrado que a democracia não se resume ao respectivo critério de tomada de decisões, não se confundindo, portanto, com a regra da maioria<sup>325</sup>.

Em verdade, segundo Norberto Bobbio, a democracia moderna seria diversa de seu conceito antigo<sup>326</sup>, significando, nos dias atuais, um sistema no qual a Constituição serve como instrumento de transparência das regras, na medida em que as decisões políticas não poderão ir de encontro aos termos da Constituição<sup>327</sup>. Por tal razão, reconhece Paulo Bonavides que o respeito aos direitos fundamentais constitucionalmente previstos justifica, de forma democrática, o controle de constitucionalidade dos atos políticos dos demais poderes, sendo uma atividade, portanto, democrática<sup>328</sup>.

É claro que as decisões, em regime democrático, são alcançadas pela maioria. O cerne da questão, contudo, no raciocínio de Bobbio, reside na imprecisão conceitual que se faz entre democracia e “regra da maioria”, já que esta apenas significa a forma de alcance das decisões, não tendo o condão de reduzir o princípio democrático a um simples critério de encontro do resultado deliberativo<sup>329</sup>. Ademais, diversamente da democracia vigente na

---

direito”. Nesta condição, ressalta Paulo Otero, o “contributo que o positivismo legalista oitocentista deu ao totalitarismo do século XX”, sobretudo por reduzir todas as vontades à lei, tornando os direitos verdadeiros reféns do “conteúdo que o poder entender”. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., pp. 624/625.

325 Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria Geral da Política: a filosofia política e as lições dos clássicos*; organizado por Michelangelo Bovero; tradução de Daniela Beccaccia Versiani, Rio de Janeiro, Campus, 2000, pp. 428/429 e 454.

326 Bobbio considera que, assim como o conceito de liberdade entre os antigos e os modernos foi extremamente alterado, da mesma forma a democracia dos antigos (direta) era diversa da democracia dos modernos (representativa). Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria Geral da Política...*, op. cit., p. 371.

327 Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria Geral da Política...*, op. cit., pp. 420/421.

328 Segundo Paulo Bonavides, a garantia dos direitos fundamentais sempre foi a “nota suprema” ou a razão maior do controle de constitucionalidade, acrescentando o autor brasileiro que o julgado da Suprema Corte Americana, no caso *Marbury vs. Madison*, foi “a mais perfeita soma de argumentos lógicos, que compõem a essência de uma teoria constitucional da liberdade nos moldes do liberalismo”. Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 329/330.

329 Sobre o valor extremo atribuído à regra da maioria, adverte Eduardo Cambi que embora o princípio da maioria por vezes seja tratado como “direito supremo” de um povo, em certas ocasiões foi utilizado desvirtuadamente para disseminar prepotência em nações com maioria totalitária, como foi o caso do nazismo e do fascismo. Cf. EDUARDO CAMBI, *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2009, p. 22. No mesmo sentido, ao refletir sobre a regra matemática da maioria em Estado Democrático

antiguidade clássica, o Estado de Direito Democrático moderno rege-se por uma Constituição, cuja força normativa sujeita o Estado a deveres de respeito e garantia dos direitos fundamentais do indivíduo<sup>330</sup>.

A análise mais ampla da temática evidencia que a compreensão moderna do Estado revela uma verdadeira junção de institutos em favor da proteção do indivíduo, sendo que os preceitos normativos fundamentais são positivados num Texto Constitucional. É na Constituição que, democraticamente, os deveres do Estado, assim como os direitos fundamentais do indivíduo, são fixados<sup>331</sup>.

Como se observa, os limites do Estado e os direitos do indivíduo, democraticamente firmados no Texto Constitucional, devem ser respeitados pelo Estado, não podendo qualquer dos poderes, ainda que sob o pretexto de atender a vontade da maioria circunstancial, invadir a esfera de proteção dos direitos fundamentais, sob pena de inversão da ordem constitucional democrática<sup>332</sup>.

---

de Direito, Jorge Reis Novais considera que um regime conduzido com base em um regime simplista de regra da maioria correria o risco de “ser corrompido” pelo grupo majoritário, haja vista que uma maioria conjuntural, por razões e interesses não necessariamente coincidentes com o desejo popular, teria a capacidade de conduzir as decisões governamentais. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa Do Tribunal Constitucional*, op. cit., p. 24. Da mesma forma, ponderando acerca do princípio democrático da regra da maioria, Jorge Miranda entende que a adoção irrestrita da regra da maioria poderia ocasionar até mesmo a “violação do conteúdo essencial dos direitos fundamentais”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 280. De forma mais enfática, Paulo Otero adverte que, em situações extremas, a “exacerbação do positivismo”, através da vontade popular expressa no princípio da maioria, poderá atentar contra a própria democracia, desaguando até mesmo num regime totalitário. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 626. Na perspectiva dos direitos fundamentais em face do Estado e da própria soberania da Constituição, Lênio Luiz Streck destaca que o “princípio da maioria não equivale à prepotência nem pode traduzir-se na imunidade do Poder Legislativo e do Executivo perante as violações da lei fundamental”. Cf. LÊNIO LUIZ STRECK, *A Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, op. cit., p. 116.

330 Acerca da confluência entre Estado de Direito e democracia, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 279. Por sua vez, destacando a “forte função contramajoritária” dos direitos fundamentais como instrumento de limitação do poder público, cf. GEORGES ABBoud, op. cit., p. 115.

331 Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro...*, op. cit., p. 81. Acrescenta Georges Abboud que os direitos fundamentais tem duas funções principais. Primeiro, limitam as ações do Poder Público. Segundo, protegem contra a formação de eventuais maiorias destinadas a suprimir direitos fundamentais do indivíduo. Cf. GEORGES ABBoud, op. cit., p. 115.

332 Num paralelo entre as formas de Governo, Bobbio assenta que a definição de democracia como “governo da maioria” decorre da oposição à oligarquia e à monarquia, apenas revelando que “o poder político está nas mãos dos mais e dos muitos em oposição ao poder de um só ou de poucos”. Cf. NORBERTO BOBBIO, *Teoria Geral da Política...*, op. cit., p. 429. Acerca dos limites democráticos e a regra da maioria, Jorge Reis Novais ressalta que os poderes constituídos não podem limitar os direitos fundamentais reconhecidos na Constituição. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça*

Nestas condições, destaca Paulo Otero que o princípio majoritário não pode ser confundido, tampouco transformado em critério de verdade<sup>333</sup>. Trata-se, como sempre se revelou, apenas num critério decisório, integrante do regime democrático, de onde se extrai o resultado de qualquer votação posta em discussão. Inobstante isto, o caráter democrático do Estado, sobretudo em dias modernos, não se restringe a este ponto do processo democrático.

Para melhor compreensão, faz-se oportuno ressaltar que não se pode confundir a democracia com seu procedimento, muito menos reduzir toda a relevância e compromisso de um Estado de Direito Democrático a uma simples regra de alcance de resultado. Embora aparentemente desnecessários, estes esclarecimentos são pertinentes na medida em que a história recente mostra subversões da democracia e do princípio majoritário que foram capazes de transformar a democracia no “mais cruel totalitarismo”<sup>334</sup>.

Por tais razões, diversamente daquilo que se possa concluir num raciocínio precipitado e restrito às regras da maioria<sup>335</sup>, os direitos fundamentais constitucionalmente firmados em Estado de Direito Democrático necessitam de algo forte o suficiente para sua efetiva defesa<sup>336</sup>, haja vista que por vezes o governo intenta medidas que podem afetar ou desfigurar o real sentido da democracia<sup>337</sup>, atentando diretamente contra os direitos

---

*Constitucional em Estado de Direito Democrático, op. cit., p. 55.*

333 Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, op. cit., p. 626.*

334 Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais, op. cit., p. 626.*

335 Embora Jorge Reis Novais reconheça “um custo democrático quando a justiça constitucional invalida a decisão parlamentar”, entende o autor que o benefício da fiscalização de constitucionalidade compensa eventual cedência da democracia. Registra o Autor, contudo, a posição de Dworkin, para quem a defesa dos direitos fundamentais atua como instrumento de fortalecimento da democracia. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático, op. cit., pp. 19 e 178/179.*

336 Ao olhar para a história das instituições no curso da humanidade, Dalmo de Abreu Dallari conclui que aquela mais indicada para aplicação do Direito no interesse do cidadão é o Judiciário. Cf. DALMO DE ABREU DALLARI, “A Hora do Judiciário”, in *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, pp. 10/16, Ano I, Número 01, Escola Nacional da Magistratura, Brasília, 2006, p. 13. Por sua vez, reconhece Eduardo Cambi que a jurisdição constitucional “é elemento indispensável da definição do estado de direito democrático”. Cf. EDUARDO CAMBI, *op. cit., p. 208.* Em sentido convergente, Georges Abboud também reconhece a jurisdição constitucional como o instrumento de proteção dos direitos fundamentais das minorias. Cf. GEORGES ABBoud, *op. cit., p. 114.*

337 A análise do conflito de constitucionalidade revela que a tutela judicial dos direitos fundamentais não se confunde com a apreciação política do caso. Em verdade, enquanto o Parlamento avalia a aprovação das medidas levando em consideração aquilo que a sociedade entenderia como “vantagens” e “desvantagens”, considerando o que seja “melhor” ou “pior”, numa esfera de conhecimento político, filosófico, moral, econômico, etc, a fiscalização da constitucionalidade diz respeito à apreciação jurídico-constitucional,

fundamentais do indivíduo.

Nestas condições, os limites que se impõem e que, ao mesmo tempo, sobressaem da própria democracia preservam os valores mais fundantes do Estado de Direito Democrático, em especial a dignidade da pessoa humana<sup>338</sup>, sem a qual, como adverte Paulo Otero, “o Estado corre o risco de se encontrar em transição para o totalitarismo”<sup>339</sup>. Em tais circunstâncias, como sustenta Luís Roberto Barroso, a atuação da Justiça Constitucional na preservação das garantias mais imprescindíveis firmadas na Constituição “se dará a favor e não contra a democracia”<sup>340</sup>.

### **3. A efetivação dos direitos sociais e a inafastabilidade da tutela judicial em Estado de Direito Democrático**

A apreciação das diversas nuances acerca da natureza e aplicação dos direitos sociais restou amplamente considerada no Título I deste trabalho, sobretudo no que concerne ao seu caráter jusfundamental, com a projeção e limites que alcançam e podem sofrer qualquer norma constitucional de direito fundamental. Cabe, agora, ater-se à efetivação destes direitos através da tutela judicial, já que esta matéria tem provocado profundos questionamentos, mesmo para aqueles que aceitam a competência dos órgãos de controle de constitucionalidade na resolução dos conflitos envolvendo os direitos fundamentais<sup>341</sup>.

---

submetendo o ato impugnado aos critérios de compatibilidade ou incompatibilidade com a norma constitucional. Sobre o assunto, *cf.* JORGE REIS NOVAIS, *Em Defesa do Tribunal Constitucional*, *op. cit.*, p. 103. Ainda sobre a impossibilidade jurídica de o Judiciário fazer valoração política das escolhas feitas pelo Legislador, *cf.* LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo...*, *op. cit.*, p. 447.

338 Na opinião de Goerges Abboud, a função contramajoritária dos direitos fundamentais “assegura, em última instância, a força normativa da Constituição”, atuando na preservação da dignidade da pessoa humana. *Cf.* GEORGES ABBoud, *op. cit.*, p. 116.

339 *Cf.* PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op. cit.*, p. 626.

340 *Cf.* LUÍS ROBERTO BARROSO, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 447.

341 Para Jorge Miranda, apesar de os direitos sociais também terem natureza fundamental, a tutela judicial destes direitos perante os Tribunais deve ser procedida de forma mais circunscrita. *Cf.* JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, *op. cit.*, p. 429. Por sua vez, Gomes Canotilho afirma que a simples interpretação das normas consagradoras de direitos sociais mediante atribuição de

De forma majoritária<sup>342</sup>, percebe-se uma maior abertura e sensibilidade jurídica à plena sindicabilidade dos direitos fundamentais relacionados aos clássicos direitos de liberdade<sup>343</sup>. O ponto de sustentação deste raciocínio ancora-se, basicamente, na suposta postura negativa a ser adotada pelo Estado e a (equivocada) inexistência de custos dos respectivos direitos, o que exigiria do órgão de fiscalização de constitucionalidade, em geral, apenas um mandamento de abstenção ou reparação por parte do Estado.

Assim, para além de uma compreensão mais sensível em relação aos direitos de liberdade, como se detentores de um *status* superior na categoria dos direitos fundamentais do indivíduo, haveria por parte daqueles que assim entendem uma simplicidade de atuação e envolvimento da Justiça Constitucional na abordagem e operacionalização do conflito envolvendo os direitos de liberdade, além de uma limitação dos Tribunais à “reserva de conformação política do legislador ordinário”<sup>344</sup>.

A limitação da abordagem da atuação da tutela judicial nestes termos reflete, ao que parece, um entendimento limitado quer dos direitos fundamentais, quer da atuação da Justiça Constitucional, sendo necessária, portanto, sua real apreciação, sob pena de a concepção desigual dos direitos fundamentais conduzir a uma espécie de solução diferenciada

---

significado conduziria a resultados não razoáveis e irracionais, produzindo efeitos contrários ao pretendido. Assim, para o autor, os “direitos sociais mais não são do que pretensões legalmente reguladas, nas quais o legislador determina o que é um direito social mas ele não está vinculado a direitos sociais”. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, “Metologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, *op. cit.*, pp. 105/106. Registre-se a posição de Konrad Kesse, para quem as pretensões individuais a prestações do Estado teria como pressuposto a precisão e a concretude da lei, as quais não poderiam ser substituídas pela sentença judicial. Cf. KONRAD HESSE, *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 37.

342 Neste sentido, destaca Cristina Queiroz ser “usual”, na abordagem dos direitos fundamentais sociais, reconhecer uma “indeterminabilidade jurídico-constitucional” que não legitimaria “pretensões jurídicas originárias”. Cf. CRISTINA QUEIROZ, *op. cit.*, p. 91.

343 Embora reconheça que os direitos fundamentais, em Estado de Direito, devam receber proteção jurisdicional, Jorge Miranda ressalta a existência de “termos e graus diversos consoante sejam direitos, liberdades e garantias ou direitos económicos, sociais e culturais”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, *op. cit.*, p. 419.

344 Na compreensão de Rui Medeiros, seguindo posição de Sérvulo Correia, na perspectiva de um Estado de Direito “ancorado na dignidade da pessoa humana”, é possível admitir a competência dos Tribunais para correção dos danosos efeitos da omissão do legislador”, em situações excepcionais. Contudo, destaca o autor que os direitos sociais devem ser compreendidos, ainda numa perspectiva jusfundamental do tema, no “sistema constitucional de separação e interdependência de poderes”, pelo que deve ser observado o princípio geral no sentido de que os Tribunais estão “limitados” à conformação do legislador. Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, *op. cit.*, pp. 666/667.

para casos que exigem uma abordagem similar, muito embora, a toda evidência, possam conduzir a resultados diversos.

Neste sentido, no que pertine à tutela judicial dos direitos fundamentais, inexistem, em princípio, qualquer razão para um tratamento diferenciado quanto à competência e legitimidade dos órgãos de controle de constitucionalidade. Isto porque a dogmática jusfundamental reside no pressuposto de que o Estado de Direito que atua na proteção dos direitos fundamentais é aquele que, para além de sua positivação e reconhecimento constitucional, goza de um sistema de defesa e controle capaz de invalidar atos do Estado que ofendam os direitos fundamentais do indivíduo<sup>345</sup>.

Com efeito, idealizar um sistema de direitos fundamentais em que algumas dessas posições recebem plena apreciação jurídico-constitucional por parte dos órgãos de controle de constitucionalidade, enquanto outros direitos, embora de mesma natureza, não se submetem à mesma possibilidade de defesa, seria admitir regras de tratamento diverso para direitos de categoria semelhante. Em última instância, seria propriamente deixar de reconhecer a possibilidade de o indivíduo, ainda que num plano subjetivo, recorrer à instância de controle de constitucionalidade na proteção de um eventual direito fundamental.

É claro que mesmo dentre os próprios direitos de liberdade, assim como ocorre no conjunto dos direitos sociais, a forma de atuação do Estado e a possibilidade de alcance da norma pode variar a depender do resultado encontrado após a devida apreciação do caso. Contudo, afigura-se inadequado reconhecer que a solução do conflito de alguns direitos ocorre com ampla sindicabilidade, enquanto que em outros a tutela judicial encontrar-se-ia restringida em razão de questões de competência e outras especificidades<sup>346</sup>.

---

345 Segundo Maria Lúcia Amaral, o avanço na atuação das Cortes Constitucionais, denominado pela autora de “subjectivação”, tornou possível, nos mais diversos ordenamentos jurídicos, “a proteção jurídica de posições individuais”. Cf. MARIA LÚCIA DO AMARAL, “Acesso de particulares à jurisdição constitucional”, *op. cit.*, p. 700.

346 Ao analisar o “fenômeno” do ornamento brasileiro que tem convivido com milhares de ações judiciais na efetivação de direitos sociais, em especial na área de saúde, com pleitos de medicamentos e internações, Carlos Blanco de Moraes entende que o Judiciário estaria assumindo “autênticas funções administrativas”. Esta atuação, para o autor, seria um “verdadeiro controle difuso de inconstitucionalidade por omissão” na apreciação dos direitos sociais pelos tribunais brasileiros. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 594/595.

A propósito, tomando-se, por exemplo, o clássico direito de liberdade de expressão e, da mesma forma, o direito social à saúde, não há, em termos de natureza jusfundamental, qualquer diferença na força constitucional das respectivas normas que justifique plena apreciação de uns em detrimento da limitada sindicabilidade de outros. Ambos são direitos fundamentais e, como tais, devem ser conhecidos e apreciados amplamente pelos órgãos de controle de constitucionalidade<sup>347</sup>.

O que ocorre na questão não é a restrição quanto à natureza intrínseca da norma, já que ambas são de direito fundamental. Em verdade, eventual impossibilidade de efetivação plena da norma decorre, como já explanado, em razão das normas que atuam em sentido contrário, as quais atuam como obstáculo na aplicação da norma de direito social em sua maior amplitude possível. Este fato, como se observa, encontra-se subsumido na teoria dos princípios de direitos fundamentais<sup>348</sup>, não justificando, assim, que uma categoria de direitos fundamentais seja tratada como uma espécie *sui generis*.

Ao que se observa, a dificuldade na aceitação deste raciocínio não está associada ao conceito, mas às consequências das normas e à sua real aplicação<sup>349</sup>. Esta forma de encarar a equação acaba por interferir na compreensão da própria natureza do direito, haja vista que parece mais simples estabelecer que o Estado respeite um direito de liberdade, abstendo-se de um comportamento, do que impor uma qualquer obrigação de o Estado, por exemplo, custear tratamento médico em favor de um cidadão, para o qual será necessário o investimento direto de valores do orçamento.

Esta compreensão - mais associada aos efeitos do que aos conceitos - pode provocar distorções axiológicas incongruentes na valoração dos direitos fundamentais. Neste sentido, parte da doutrina tem considerado que a tutela judicial dos direitos sociais não seria

---

347 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, *op. cit.*, p. 54.

348 Para Robert Alexy, o fundamento da teoria dos princípios “é a distinção teórico-normativa entre normas regras e normas-princípios”, sendo a ponderação a via “específica de aplicação dos princípios”. Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, in *O Direito*, Direção Jorge Miranda, Ano 146º, pp. 817/834, Coimbra, Almedina, 2014 – IV, pp. 818/819.

349 Na visão de Cristina Queiroz, havendo a possibilidade de proteção judicial para a realização de direitos fundamentais sociais, a “questão do reconhecimento constitucional desses direitos e pretensões acaba por levantar problemas de interpretação e aplicação bastante complexos”. Cf. CRISTINA QUEIROZ, *op. cit.*, p. 101.



admissível em sua plenitude ou, no máximo, deveria ser contida, porquanto a atuação nesta seara significaria uma ilegítima gestão orçamentária por parte do órgão de controle de constitucionalidade, acarretando, assim, agressão ao princípio da separação de poderes<sup>350</sup>.

Em face destas críticas, é importante considerar que a lógica estabelecida para apreciação judicial das questões não está afeta, em primeiro plano, à relação entre a previsão constitucional da norma e o custo para efetivação deste direito. Esta é uma análise política da questão, cuja competência e o palco de discussões estão realmente confiados aos poderes políticos, através do Legislativo e Executivo. São estes “poderes” que fazem a ponderação política entre vantagens e desvantagens de uma política pública ou mesmo acertos e desacertos dos respectivos investimentos.

A questão afeta à tutela judicial na apreciação dos direitos sociais, assim como ocorre com os direitos de liberdade, reside na esfera jurídico-constitucional, nomeadamente na análise do conflito efetivamente existente na aplicação da norma<sup>351</sup>. Este, talvez, seja o maior dilema na análise do tema, porquanto na generalidade dos casos a análise da legitimidade de atuação da tutela judicial na efetivação dos direitos sociais passa a ser conduzida sob a perspectiva do direito previsto e seu respectivo custo, esvaziando o órgão de controle de constitucionalidade da suposta competência política necessária para imposição de custos<sup>352</sup>.

Há, sem dúvidas, uma certa confusão quanto ao domínio do conflito e o ponto a ser apreciado pelo órgão de controle de constitucionalidade. É necessário, portanto, identificar com precisão o real conflito normativo constitucional<sup>353</sup>, a fim de que a tutela

---

350 Numa visão mais restrita acerca da atuação da Justiça Constitucional na sindicabilidade dos direitos sociais, Carlos Blanco de Moraes aponta para a necessária adequação de sua atuação com o “ princípio de separação de poderes, aos recursos do Estado social e ao mandato do legislador democrático”. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro...”, *op. cit.*, p. 612.

351 Cf. LUÍS ROBERTO BARROSO, “A doutrina brasileira da efetividade”, *op. cit.* pp. 445/446. Na visão de Jorge Reis Novais, a análise judicial das decisões políticas devem contemplar os “valores substantivos constitucionais”, fundamentando-se em “parâmetros jurídicos objectivos”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, *op. cit.*, p. 77.

352 Acerca da conformação das normas com os princípios e valores de sentido divergente, cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, *op. cit.*, p. 75.

353 Acerca da “delimitação intrínseca das normas constitucionais” na solução dos conflitos, cf. EMERSON GARCIA, *Conflito de entre normas constitucionais...*, *op. cit.*, pp. 362/365.

judicial seja exercida nos limites da competência constitucionalmente autorizada, o que, por vezes, poderá gerar custos, como ocorre com os clássicos direitos de liberdade, a exemplo do direito de propriedade.

À guisa de ilustração, veja-se que em casos de desapropriação de bem, típica invasão estatal no direito de propriedade, cabe ao Estado indenizar o proprietário, não havendo qualquer resistência à sindicabilidade da matéria para efeitos de reparação justa da expropriação, muito embora em vários casos os valores dispendidos para a satisfação do direito fundamental represente soma de elevado montante.

Como se observa, direitos fundamentais são constitucionalmente previstos e sua efetivação pode gerar custos, não sendo este o elemento diferenciador entre os direitos<sup>354</sup>, tampouco quanto à inafastabilidade da tutela judicial<sup>355</sup>. Aliás, ainda que não se observe grande atenção neste ponto, na medida em que parte da doutrina reduz os direitos sociais à categoria de normas programáticas, seria pouco coerente estabelecer barreiras à tutela judicial dos direitos sociais, haja vista que o princípio da inafastabilidade do acesso à justiça não autoriza qualquer impedimento *ab initio* à reapreciação da matéria<sup>356</sup>.

Nestas condições, e, claro, compreendeno as limitações financeiras de cada Estado e a impossibilidade prática de custeio da generalidade das demandas em favor de todos os indivíduos, a análise da aplicação da norma de direito social deve ocorrer em estreita aproximação com as respectivas normas colidentes, alcançando-se, através de um juízo ponderativo, o real alcance da norma que vier a prevalecer.

---

354 Ao reconhecer que tantos os direitos sociais como os clássicos direitos de liberdade “demandam do Estado prestações positivas e negativas”, Flávia Piovesan afirma ser “equivocada e simplista” a visão de que somente os direitos sociais demandariam prestações positivas enquanto os direitos civis e políticos poderiam ser satisfeitos com a mera abstenção estatal. Para tanto, a autora suscita os custos inerentes à proteção da segurança, da liberdade, da propriedade ou mesmo do “aparato eleitoral, que viabiliza os direitos políticos”. Cf. FLÁVIA PIOVESAN, “Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 401/416, 2ª ed. atualizada e ampliada, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 409.

355 No caso do Brasil, a Constituição Federal, no artigo 5º, XXXV, dispõe acerca da inafastabilidade do controle judicial, assegurando a todos o direito de recorrer ao Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão a seu direito. Em Portugal, o artigo 20, 1, da Constituição também estabelece garantia semelhante, assegurando o acesso de todos à defesa de seus direitos perante os Tribunais.

356 Veja-se a abordagem de Perez Luño, para quem as normas constitucionais de direitos sociais são imediatamente aplicáveis “y que hacen inconstitucional cualquier actuación contraria a su contenido...”. Cf. ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 212.

Em verdade, independente de qual seja o resultado da demanda posta sob a tutela judicial, o fato é que a competência do órgão de controle não se faz maior ou menor em função de a efetivação buscada estar associada a um direito de liberdade ou a um direito social, simplesmente porque a competência e legitimidade do órgão de fiscalização não se altera em função do direito fundamental que está sendo discutido<sup>357</sup>.

Aliás, pensar em sentido oposto poderia acarretar a própria fragilização dos princípios fundantes do Estado de Direito Democrático, ante à ausência de um órgão de controle de constitucionalidade com legitimidade plena na proteção dos direitos fundamentais<sup>358</sup>. Ademais, a hipótese de limitar a apreciação judicial em alguns casos poderia significar uma verdadeira “fuga” à proteção dos direitos fundamentais por parte do Estado, já que o governo poderia questionar, por uma variedade infinita de fatores, a atuação do respectivo órgão de controle na aplicação do Texto Constitucional, seja no campo dos direitos sociais, seja na seara dos direitos de liberdade.

Uma hipótese bastante relevadora deste risco pode ser observada no caso de alguns direitos tidos de liberdade que são tipicamente garantidos pelo Estado através de investimentos diretos, como é o caso do exercício do sufrágio. Embora o voto seja exercido aparentemente sob responsabilidade exclusiva do indivíduo, “sem” custos para o Estado, a realidade é bem diversa, já que o Estado investe altas cifras na preparação de toda estrutura física e humana para garantia do direito. Ainda assim, seria impensável no moderno Estado de Direito a omissão do Estado no campo de proteção do sufrágio, mesmo que o argumento utilizado fosse de ausência de recursos para custear a estrutura periodicamente montada para o acesso do eleitor.

---

357 Ao analisar as questões afetas ao “preenchimento dos défices de proteção”, sobretudo associados às omissões legislativas, Jorge Pereira da Silva reconhece ser descabido negar aos Tribunais, atualmente, “a possibilidade de decidir adequadamente esses casos”. Para o autor, os Tribunais sempre atuaram suprindo as lacunas legais e, ainda que estes institutos sejam diversos das omissões legislativas, revela que ao Judiciário compete o dever de atuação na ausência de atuação do legislador. No caso das omissões legislativas, reforça Jorge Pereira da Silva que a competência dos Tribunais é ainda mais legítima, na medida em que a atuação está circunscrita às omissões do legislador “desconformes com a Constituição”. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, op. cit., pp. 682/683.

358 Acerca do novo constitucionalismo que conduziu a Constituição “à posição de garantia da divisão de Poderes e dos direitos fundamentais”, cf. LÊNIO LUIZ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, op. cit., p. 179.

Esta conclusão, tão aceita pela comunidade jurídica, justifica-se não apenas pela natureza do direito fundamental protegido, mas também porque o juízo ponderativo que é feito acaba por alcançar uma proteção individual que supera a norma em conflito direto. Em todo caso, ainda que o sufrágio goze de toda esta “posição privilegiada”, tal compreensão não significa que muitos eleitores não deixem de exercê-lo por falta de condições pessoais de comparecer ao local de votação, seja por ausência de meios de locomoção, seja pela distância do local de votação, etc.

Em relação aos direitos sociais e sua apreciação judicial vigora a mesma compreensão. Assim, não significa que a tutela judicial dos direitos sociais irá ultrapassar os limites da natureza da norma, tampouco a utopia de que todos os direitos sociais podem ser exigidos no tempo e na medida da pretensão do indivíduo. Estas são questões já refletidas e ultrapassadas em capítulos próprios, mas que, no momento, apenas necessitam de reforço pragmático, a fim de evitar um destoamento da concepção aqui adotada.

Em verdade, a legitimidade da tutela judicial na efetivação dos direitos sociais requer, tão somente, o alinhamento adequado acerca do enfrentamento do conflito normativo estabelecido<sup>359</sup>. Não é, assim como no caso dos conflitos de direitos de liberdade, hipótese de invasão ou omissão na relação complexa da separação de poderes. Trata-se, acima de tudo, de uma análise jurídico-constitucional fundada na prevalência da norma constitucional, pelo que se torna deveras relevante a identificação precisa das normas efetivamente em conflito.

Esta, diga-se de passagem, é a ação esperada dos órgãos de controle de constitucionalidade na apreciação dos conflitos envolvendo os direitos de liberdade, porquanto o resultado final dependerá da identificação da eventual violação aos direitos e garantias individuais à luz do Texto Constitucional. Feito isto, a apreciação do conflito normativo estará afeto às questões jurídico-constitucionais, ainda que eventualmente a prevalência de uma norma importe em dispêndio de recursos por parte do Estado<sup>360</sup>.

---

359 Abordando a questão da legitimidade do Poder Judiciário na análise das políticas públicas, em especial na questão dos direitos sociais, *cf.* INGO WOLFGANG SARLET, “Comentário ao artigo 6º”, *op. cit.*, p. 1023.

360 Sobre o exercício da função judicial na análise da opção firmada pelo legislador, Jorge Reis Novais aponta para a análise de critérios precisos dos deveres impostos ao Estado. Acerca da conformação das normas com os princípios e valores de sentido divergente, *cf.* JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, *op. cit.*, p. 123.

Feitas estas considerações, sobretudo em face da garantia de acesso à justiça, parece razoável compreender que não há como excluir da apreciação judicial a pretensão individual de efetivação dos direitos sociais, o que não implica, absolutamente, na necessária concessão do direito pleiteado. São direitos e garantias distintos, mas se encontram entrelaçados pela inafastabilidade do controle judicial, garantia esta que se fundamenta no princípio do Estado de Direito Democrático que se sujeita a um regime de direitos fundamentais<sup>361</sup>.

De qualquer sorte, o maior desafio nesta tarefa não é o reconhecimento da legitimidade da tutela judicial. Este é um princípio e, como tal, deve ser garantido como forma de viabilizar a eventual pretensão do indivíduo. A grande questão, sem sombra de dúvidas, está afeta aos critérios e parâmetros a serem adotados no âmbito da apreciação judicial dos direitos sociais<sup>362</sup>, já que a desejada fórmula do “permitido/proibido” ou mesmo do “tudo ou nada”, aparentemente mais simples de oferecer solução, não tem aplicação numa Constituição fundada em princípios, pelo menos no tocante aos conflitos deles desencadeados

<sup>363</sup>.

---

361 Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 525. Sobre a necessidade de instituições fortes para defesa das garantias constitucionais em Estado de Direito Democrático, cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*, Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 305/319, 2ª ed. atualizada e ampliada, São Paulo, Quartier Latin, 2009, p. 309.

362 De se destacar a advertência de Jorge Miranda, para quem “o eficaz funcionamento e o constante aperfeiçoamento da tutela jurisdicional dos direitos das pessoas são sinais de civilização jurídica”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 419.

363 Cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas constitucionais...*, op. cit., p. 226.

## CAPÍTULO II

### PONDERAÇÃO DO “REAL” CONFLITO NORMATIVO NA EFETIVAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

*“A todas as tentativas de suavizar o problema da colisão pela eliminação da justiciabilidade deve opor-se com ênfase. Elas são nada mais que a solução de problemas jurídico-constitucionais pela abolição de direito constitucional. Se algumas normas da constituição não são levadas a sério, é difícil fundamentar por que outras normas também então devem ser levadas a sério se isso uma vez causa dificuldades. Ameaça a dissolução da constituição” - ROBERT ALEXY<sup>364</sup>*

#### 1. Conflito de normas constitucionais: uma realidade inevitável!

A compreensão da Constituição como documento normativo, cujo valor jurídico é capaz de integrar, organizar e disciplinar as relações do Estado e dos indivíduos, alçou patamares antes desconhecidos, sobretudo pela aplicação soberana do Texto Constitucional como norma de adequação do Ordenamento<sup>365</sup>. Assim, a Constituição passou a ser, na clássica afirmação de Jorge Miranda, “a primeira garantia dos direitos individuais”<sup>366</sup>.

---

364 Cf. ROBERT ALEXY, *Constitucionalismo Discursivo*, tradução de Luís Afonso Heck, 2ª ed. rev., Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2008, p. 63.

365 Neste sentido, para além das clássicas “tarefas” do Texto Constitucional, no sentido de “instituir e organizar os poderes do Estado”, ressalta Emerson Garcia que a Constituição “reflete uma autolimitação da vontade popular”. Cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas constitucionais...*, op. cit., p. 73.

366 Cf. JORGE MIRANDA, *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*, Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 1968, p. 33.

Dotadas de força jurídica, as normas constitucionais podem ser divididas em regras e princípios, sendo que, na clássica divisão de Dworkin, para quem a diferença seria de “natureza lógica”, regras seriam as normas cuja aplicação dependeriam de um juízo de validade, na perspectiva do “tudo ou nada”, enquanto que princípios, também dotados de caráter normativo, desafiariam uma cognição de peso<sup>367</sup>.

Assim, na teoria de Dworkin, enquanto as regras deveriam ser avaliadas na perspectiva de sua validade em relação a outra regra com disposição contrária, os princípios necessitariam de um juízo de avaliação quanto à relevância para o caso concreto, não invalidando a norma contrária, muito embora seja capaz de impor uma cedência à norma de menor “peso” naquela apreciação<sup>368</sup>.

Embora não se tenha necessidade de adentrar no grande debate acerca da classificação das normas na perspectiva acima delineada, é oportuno o registro na medida em que a análise da aplicação das normas constitucionais, em especial aquelas classificadas como princípios de natureza fundamental, impõe uma realidade intransponível no constitucionalismo, porquanto, segundo Alexy, “não existe um catálogo de direitos fundamentais sem colisão de direitos fundamentais”<sup>369</sup>.

Nesta perspectiva, Robert Alexy avançou na distinção apresentada por Dworkin, buscando, precisamente, explicações para o conteúdo e alcance dos princípios. Para o autor alemão, além da diferença estabelecida por Dworkin no âmbito da compreensão de regras de princípios, estes seriam normas jurídicas impositivas de otimização, cujo comando normativo prescreveria um mandamento a ser efetivado na sua maior abrangência possível<sup>370</sup>.

---

367 Cf. RONALD DWORKIN, *op. cit.*, pp. 39/42.

368 Para Jorge Reis Novais, em geral, quando o Legislador constituinte aborda os direitos fundamentais, “as normas constitucionais não assumem natureza de regras, mas antes de princípios”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, *op. cit.*, p. 91.

369 Cf. ROBERT ALEXY, *Constitucionalismo Discursivo*, *op. cit.*, p. 57.

370 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, *op. cit.*, pp. 103/104. Cf., ainda, EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas constitucionais...*, *op. cit.*, p. 224.

Poderiam ser citadas diversas razões para o surgimento dos conflitos constitucionais, os quais podem decorrer da falta de técnica legislativa, da necessidade de estabelecimento de cláusulas abertas, do uso de termos jurídicos indeterminados<sup>371</sup> e da imprecisão semântica dos termos<sup>372</sup>. Contudo, para a análise aqui presente, o que se revela de maior importância é compreender que um efeito natural do sistema de direitos fundamentais consiste no reconhecimento da existência de normas capazes de colidir frontalmente com outras que conferem posição idêntica ou um outro direito de mesma força a terceiros, gerando, portanto, conflito normativo<sup>373</sup>.

Com efeito, retomando as conclusões acerca da natureza dos direitos sociais como fundamentais, tem-se que esta compreensão implica na aceitação da tese segundo a qual o reconhecimento e posituação destes direitos confere ao respectivo titular uma posição de vantagem em face do Estado<sup>374</sup>, o que poderia ser compreendido como um direito subjetivo a exigir do Estado uma prestação que, na perspectiva do indivíduo, seja indispensável para sua existência.

Ocorre, porém, que as normas constitucionais, especialmente as de natureza jusfundamental, conferem direitos e garantias de forma indistinta a uma generalidade de pessoas, acarretando, em diversas situações, conflitos na efetivação da norma pela interferência gerada na aplicação de normas diversas em favor dos diferentes sujeitos

---

371 Cf. CELSO RIBEIRO BASTOS, *Hermenêutica e Interpretação Constitucional*, 2ª ed., São Paulo, Saraiva, 1999, p. 59. Cf., ainda, EMERSON GARCIA, *Interpretação Constitucional*, São Paulo, Atlas, 2015, p. 69.

372 Por vezes, como ressalta Hart, mesmo termos gerais utilizados verbalmente, aparentemente certos, são capazes, no caso concreto, de gerar incerteza quanto ao significado. Nesta perspectiva, considerando o significado das palavras que compõem os direitos sociais, como saúde, educação, moradia, dentre outros, não há dúvidas acerca do seu significado geral. Contudo, na hipótese de uma aplicação específica, em especial de sua pretensão judicial, há campos dentro do significado destes termos que despertam profunda incerteza, como por exemplo a definição técnica do termo, a autoridade competente para estabelecer a fronteira entre o que é educação e saúde pública, ou mesmo entre políticas de saúde e educação, dentre várias outras dificuldades. Acerca da incerteza das normas gerais, inclusive na abordagem da textura aberta, cf. H. L. A. HART, *O Conceito de Direito*, 1ª ed., São Paulo, Martins Fontes, 2012, pp. 163/166.

373 Ressalta Jorge Reis Novais a impossibilidade de o Legislador “prever, enumerar e regular exaustivamente” as situações da vida em que o bem fundamentalmente protegido possa vir a ser afetado em nome de outros bens ou interesses igualmente dignos de proteção ou por simples impossibilidades fáticas. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., pp. 87/88.

374 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, op. cit., p. 54.



beneficiados<sup>375</sup>.

Os exemplos de casos desta natureza no âmbito dos direitos fundamentais de liberdade são ilimitados, sendo tradicionalmente invocados como aqueles que espelham bem uma realidade constitucional marcada por conflitos inevitáveis. É o caso, por exemplo, do célebre conflito binormativo entre a norma que confere liberdade de expressão e o direito à privacidade ou mesmo a colisão uninormativa afeta ao próprio princípio da liberdade de expressão.

Em qualquer dos casos, o direito fundamental conferido ao indivíduo não tem caráter absoluto, cabendo ao intérprete uma avaliação acerca da preferência do direito no caso concreto, a fim de que, estabelecida a primazia, confira-se aplicação da norma em detrimento da cedência do direito, *in tese*, conferido ao terceiro. Repita-se que isto pode ocorrer tanto em face de normas diversas, como em relação à mesma norma, bastando que esta, como no caso da liberdade de expressão, confira “posição jurídica” a diversos sujeitos.

Com as normas de direito social a situação não é diversa. Em verdade, para além das questões de falta de técnica, vagueza, indeterminabilidade<sup>376</sup> e outras insuficiências que desafiam a compreensão do Texto Constitucional, a norma de direito social também está sujeita a causar conflito em sua aplicação, sendo este, talvez, um dos maiores desafios da moderna compreensão do direito constitucional<sup>377</sup>.

É bem verdade que os conflitos na aplicação das normas de direitos sociais por vezes se avolumam por conta de uma maximização da problemática ou mesmo pelo indevido ingresso da atividade interpretativa no campo político da questão<sup>378</sup>. Contudo, ainda que o intérprete mantenha o foco na análise exclusiva da norma no âmbito jurídico da questão, as

---

375 É exatamente por conta do princípio da universalidade das normas de direitos fundamentais que Jorge Miranda reconhece não ser possível a concessão de um direito fundamental de caráter absoluto, haja vista que “todas as pessoas dentro da comunidade jurídico-política” estão em relação com o Estado. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 164.

376 Sobre a indeterminabilidade dos direitos sociais, cf. ROBERT ALEXYY, *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 507.

377 Alexy adverte para uma natureza politicamente explosiva dos direitos sociais. Cf. ROBERT ALEXYY, *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 441.

378 Em suas reflexões, Dworkin questiona a análise de meios e fins na perspectiva da abordagem da norma à luz das supostas vantagens econômicas da decisão. Cf. RONALD DWORKIN, *op. cit.*, p. 11.

discussões sobre o assunto no decorrer das últimas décadas revelaram as dificuldades em alcançar um entendimento uniforme.

Inobstante isto, o certo é que grande parte das Constituições modernas alberga um vasto rol de direitos fundamentais sociais, conferindo aos cidadãos uma legítima expectativa da ação do Estado na garantia destes direitos. Exatamente por isso, quer pela generalidade da concessão, quer pela abrangência da cobertura, há limitações do Estado na prestação ampla dos direitos demandados, deparando-se com um claro conflito normativo constitucional na aplicação da norma. Afinal, qual direito prestar e a quem priorizar?

Respeitadas as peculiaridades dos direitos fundamentais como um todo, a situação é semelhante na concepção do conflito dos clássicos direitos de liberdade. Nestes casos, há uma norma que confere uma posição de vantagem a um indivíduo que colide com outra norma que alcança a proteção de terceiro, como no caso de colisão entre a liberdade de expressão e o direito à privacidade. Desafiado a solucionar o conflito e proteger o direito fundamental demandado, a questão coloca-se na mesma incógnita: afinal, qual direito proteger e a quem garantir?

Neste momento, ainda não se vai discutir a metodologia sob a perspectiva da tutela judicial. Por enquanto, basta compreender que as colisões constitucionais são inevitáveis e alcançam o conjunto de normas constitucionais, independente da categoria dos direitos fundamentais que esteja sob questionamento<sup>379</sup>.

De qualquer sorte – e aqui analisando-se especificamente os direitos sociais, embora o conflito constitucional seja inevitável na apreciação da norma de direito social, é evidente que a tutela judicial desta questão necessita de uma definição, haja vista que a apreciação do caso concreto dependerá da análise do fato jurídico e de seu enquadramento na fonte constitucional, a fim de que a norma alcance sua devida aplicação<sup>380</sup>.

---

379 Importa aqui consignar o pensamento de Otto Bachoff lançado ainda na década de 50 do século XX, considerando que a lei constitucional não poderia violar-se a si mesma. Para o autor alemão, ainda preocupado com a situação jurídico-político da Alemanha do pós segunda guerra, era possível uma “norma constitucional de significado secundário” ir de encontro a um “preceito material fundamental da Constituição”. Cf. OTTO BACHOFF, *Normas Constitucionais Inconstitucionais*, tradução do original alemão de 1951 feita por José Manuel M. Cardoso da Costa, Coimbra, Atlântida, 1977, p. 55. Afirmando que a norma constitucional originária do poder constituinte não pode ser inconstitucional, cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas Constitucionais...*, op. cit., p. 318.

380 A própria natureza dos direitos fundamentais como princípios constitucionais impede, como destaca Paulo

## 2. Identificação do real conflito normativo na aplicação da norma de direito social

Embora a doutrina constitucional tenha avançado no reconhecimento dos conflitos normativos como uma realidade inevitável do constitucionalismo de direitos fundamentais<sup>381</sup>, observa-se que o intérprete, partindo desta premissa, acaba, em muitos casos, por seguir diretamente para resolução do conflito. Trata-se, como se verá adiante, de uma busca por princípios e parâmetros que possam ser aplicáveis para o alcance da norma prevalecente, sem, contudo, proceder a uma prévia avaliação das normas efetivamente colidentes no caso concreto<sup>382</sup>.

A pertinência desta observação justifica-se em razão de a análise equivocada das normas conflitantes conduzir a resultados indesejados. Evidentemente, em última análise, a errônea abordagem do conflito afetará tanto o indivíduo eventualmente prejudicado quanto a própria natureza dos direitos sociais, na medida em que terá seu conteúdo esvaziado ou mesmo fortemente questionado pela força de princípios inadequadamente posicionados na linha de colisão.

Por oportuno, vale frisar que a identificação da colisão dos direitos fundamentais de liberdade se apresenta de forma aparentemente mais simples, já que, via de regra, o conflito logo é identificado na relação contraposta das posições garantidas, independente de se tratar de colisão entre posições dentro da mesma norma ou entre duas ou mais normas de direitos fundamentais.

Neste sentido, adotando-se, à guisa de ilustração, o clássico exemplo do exercício da liberdade de expressão, o conflito normativo que se estabelece na hipótese de o sujeito se sentir violado em sua privacidade por decorrência de suposto abuso da liberdade é

---

Gustavo Gonet Branco, a fixação de “um critério de solução de conflito válido em termos abstratos”, já que a prevalência de um direito sobre o outro é alcançada pelas “peculiaridades do caso concreto”. De qualquer sorte, ainda segundo o autor, é possível o alcance de padrões de definição de conflitos quando se estiver diante das “mesmas condições de fato”. Cf. GILMAR FERREIRA MENDES e PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 185.

381 Acerca da colisão de direitos fundamentais, cf. EMERSON GARCIA, *Conflitos entre Normas Constitucionais...*, op. cit., p. 327.

382 Cf. ROBERT ALEXANDER, *Constitucionalismo Discursivo*, op. cit., p. 56.

de fácil identificação quanto às normas colidentes, não havendo dúvidas quanto à colisão entre as normas que protegem a liberdade de expressão e a privacidade.

Da mesma forma, é de fácil percepção a identificação do conflito normativo entre a norma que confere o direito à vida e aquela que garante, por exemplo, a objeção de consciência religiosa na realização de transfusões sanguíneas. Apesar de haver discordância quanto ao entendimento pessoal acerca de cada um dos princípios ou mesmo o eventual peso a ser atribuído a qualquer deles, não há dúvidas sobre quais são as posições normativas colidentes.

No caso dos direitos sociais, por sua vez, deve-se antecipar que a divergência já tem lugar no momento da identificação das normas envolvidas no conflito, em especial por serem associadas questões ligadas aos custos dos direitos, alocações orçamentárias, definição de políticas públicas e atuação institucional dos poderes estatais. Em meio a tantos questionamentos, esta tarefa exige ainda maior atenção, já que a análise do tema é comumente direcionada pelo pensamento de Alexy, para quem a tutela judicial dos direitos sociais revelaria uma colisão com o princípio democrático, a separação de poderes e as normas de direitos sociais conferidas a terceiros<sup>383</sup>.

Na visão de Alexy, a apreciação judicial da norma de direito social afetaria, num primeiro momento, o princípio da separação de poderes, ao argumento de que em Estado de Direito a convivência pacífica e harmoniosa entre os poderes exigiria o respeito à competência de cada função estatal. Assim, reconhecendo os poderes Executivo e Legislativo como os responsáveis pelo orçamento e definição de políticas públicas do Estado, não poderia o Judiciário (Justiça Constitucional) atuar como gestor administrativo na destinação de recursos públicos para custeio de direitos sociais, já que esta atividade seria de competência dos poderes políticos.

Ademais, alega o autor alemão que a tutela judicial dos direitos sociais invadiria uma seara de exclusiva atuação política, a qual deveria ser conduzida com base na lei aprovada pela maioria dos representantes do povo eleitos para esta finalidade. Assim, por considerar ausente esta condição na conjuntura do Poder Judiciário, estaria a tutela judicial

---

383 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 512.

dos direitos sociais a invadir área de competência reservada à representatividade democrática

384

Por fim, acrescenta a tese *alexyana* que a norma que confere um direito social ao indivíduo também garante posição semelhante a todos os outros sujeitos, razão pela qual a efetivação de uma norma de direito social em favor de um cidadão implicaria na violação do direito de todos os demais, haja vista que as limitações orçamentárias do Estado impediriam a promoção geral e plena em benefício de todos os interessados no recebimento da prestação social<sup>385</sup>.

No que pertine ao princípio democrático e à separação de poderes na moderna concepção do Estado de Direito Democrático, o tema já fora exaustivamente abordado neste trabalho, sempre na perspectiva da legitimidade da atuação da Justiça Constitucional no campo da defesa dos direitos fundamentais, categoria na qual estão inseridas as normas de direitos sociais. Na ocasião, sobretudo no Capítulo I, do Título II, alcançou-se a conclusão segundo a qual a atividade do órgão de controle de constitucionalidade integra e fortalece o próprio Estado de Direito Democrático que vigora na perspectiva do respeito aos direitos fundamentais do indivíduo<sup>386</sup>.

O ponto agora em análise gira em torno da própria operacionalização, ou seja, da tutela judicial enquanto instrumento de aplicação do direito individual pretendido e os eventuais limites no enfrentamento das colisões normativas que surgem nesta atividade. Afinal, para a efetivação das normas de direitos sociais mediante apreciação judicial, haveria violação à separação de poderes e ao princípio democrático?

Esta discussão, embora não seja nova, ainda remete para profundos questionamentos, nomeadamente por aqueles que entendem que o fato de a tutela judicial, neste campo dos direitos fundamentais, implicar na alocação de recursos do Estado ou mesmo na alteração de políticas públicas de governo atribuiria uma competência exclusivamente afeta

---

384 Acerca dos riscos de um “ativismo judicial em matéria de direitos sociais”, sobretudo no que concerne à “objeção democrática” e à “objeção da separação de poderes”, cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 487.

385 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 512.

386 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 488.

aos poderes políticos<sup>387</sup>. Assim, a tutela judicial dos direitos sociais importaria, já num primeiro momento, num aberto conflito normativo com o princípio democrático e a separação de poderes, ante à impossibilidade de a Justiça Constitucional tomar decisões relacionadas à gestão orçamentária ou à definição de políticas públicas.

Em que pese o apelo argumentativo, sobretudo na invocação dos princípios basilares do Estado, vê-se que a identificação do conflito normativo da forma acima apresentada pode sinalizar um equívoco na compreensão da temática, na medida em que é da própria condição da tutela judicial a reapreciação de atos normativos ou administrativos independente de sua repercussão financeira, sobretudo em matéria de direitos fundamentais.

É bem verdade – e isto de logo precisa ser esclarecido - que as questões relacionadas aos custos dos direitos precisam ser consideradas na análise de sua efetivação. Contudo, esta confrontação não está ligada à separação dos poderes, tampouco associada às questões político-partidárias, mas sim com a norma que confere a implementação dos direitos sociais em favor de terceiros, cuja previsão desafia um conflito normativo diverso, adiante analisado.

Por enquanto, atento às questões propostas, deve-se ter em mente que em Estado Constitucional a atuação das diversas funções estatais tem como suporte a Constituição, a qual confere à Justiça Constitucional a competência e o dever de proteger os direitos fundamentais do indivíduo, não havendo, em princípio, qualquer mitigação na compreensão destes direitos em decorrência de eventuais custos para sua efetivação<sup>388</sup>. Aliás, esta é uma realidade sempre observada na própria defesa dos direitos de liberdade, quando, em muitos casos, a tutela judicial representa custos a serem suportados pelo orçamento estatal, nomeadamente no campo das desapropriações, indenizações, sufrágio, etc.

---

387 Ao abordar as dificuldades na atuação judicial na efetivação das normas de direitos sociais, Carlos Blanco de Moraes elenca três objeções às decisões que determinam tratamento de saúde, especialmente a carência de fundamento jurídico habilitante, a impossibilidade de o Judiciário definir políticas públicas e a escassez dos recursos. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, “Direitos sociais e controle de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro...”, *op. cit.*, pp. 609/610.

388 Sobre a análise dos custos dos direitos e incidência da reserva do possível, Ingo Wolfgang Sarlet faz oportuna abordagem, ao reconhecer que, embora a a limitação orçamentária seja uma realidade, a “reserva do possível há de ser encarada com reservas”, não podendo servir como “óbice à intervenção judicial e desculpa genérica para uma eventual omissão estatal no campo da efetivação dos direitos fundamentais, especialmente daqueles de cunho social”. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Comentário ao artigo 6º”, *op. cit.*, p. 1024.

O que se observa, em verdade, não é propriamente uma identificação clara do suposto conflito entre a norma de direito social e o princípio democrático ou mesmo a separação de poderes, mas uma insurgência contra a própria legitimidade da Justiça Constitucional no âmbito de sua atuação em Estado de Direito Democrático. Esta matéria, contudo, já foi alvo de análise, alcançando-se a conclusão no sentido de que o Estado Constitucional atua em função dos direitos fundamentais, sendo imprescindível a atuação de um órgão de controle de constitucionalidade dos atos estatais<sup>389</sup>.

Não fosse esta a conclusão, a tutela judicial estaria sempre a esbarrar no falso argumento de que a matéria é de ordem “política” e, portanto, afeta ao Governo<sup>390</sup>. É claro que as decisões políticas pertencem aos órgãos assim destinados. Contudo, a coerência e a validade jurídico-constitucional destas medidas não podem ser furtadas da apreciação judicial, mesmo em tempos de crise financeira<sup>391</sup>, sob pena de descaracterização da natureza do próprio Estado Constitucional<sup>392</sup>.

Como já enfatizado, a tutela judicial não está isenta da necessidade de considerar os custos financeiros dos direitos na apreciação do conflito constitucional, até porque, como ressalta Konrad Hesse, é exatamente em tempos de necessidade, ou seja, “em situações de emergência”, que a Constituição normativa é submetida à “prova de força”<sup>393</sup>.

---

389 No contraponto ao modelo de Estado que adota o sistema conhecido como constitucionalismo forte, no qual a fiscalização da constitucionalidade das leis se dá por um órgão diverso do Parlamento e do Executivo, com força, inclusive, para invalidar o ato em caso de incompatibilidade com o Texto Constitucional, alguns Estados adotam o chamado modelo de *Westminster*, conhecido como constitucionalismo “débil”, haja vista que a última palavra sobre as questões de constitucionalidade são remetidas, de volta, para o próprio legislador democrático. Sobre o assunto, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., pp. 145/147.

390 Sobre o assunto, Jorge Reis Novais adverte que inexistirá qualquer argumento justificável a estabelecer a última palavra no domínio da proteção dos direitos fundamentais aos “órgãos políticos” em nome do princípio da separação de poderes. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 92.

391 Como ressalta Jorge Reis Novais, é justamente em tempos de crise que a Constitucional precisa ser mais respeitada, muito embora devam os juizes levar em consideração os “constrangimentos financeiros” que são próprios dos direitos constitucionais. Cf. JORGE REIS NOVAIS, “Os princípios constitucionais na crise”, in *Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Combate à Corrupção na Interface Portugal-Brasil*, pp. 22/29, Brasília, 2015, p. 26.

392 Seguindo o raciocínio de Böckenförde, Catarina Santos Botelho reconhece “ao legislador a preferência (*Vorhand*), mas ao Tribunal Constitucional a primazia (*Vorrang*)”. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 482.

393 Cf. KONRAD HESSE, *A força normativa da Constituição*, op. cit., p. 25. Cf. ainda, J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 248.

Contudo, esta análise se procede no campo dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proteção da confiança e da proporcionalidade, sempre levando em consideração a razoabilidade da pretensão e o equilíbrio da efetivação em face da proteção também conferida aos terceiros<sup>394</sup>.

Não se trata, como se observa, de uma gestão político-administrativa a cargo da tutela judicial, mas sim de uma confrontação constitucional da efetivação do direito com os princípios constitucionais em causa, buscando-se equilibrar a aplicação da norma de direito social no conjunto normativo que também confere posições privilegiadas aos demais indivíduos.

Nesta perspectiva, vê-se que a sindicabilidade judicial não agride os princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, até porque este modelo se sustenta em razão das atividades e funções de cada um dos poderes, inclusive pela contenção recíproca, podendo-se concluir, como ressalta Catarina Santos Botelho, que a “*fronteira entre jurisdição e política não está no objeto, mas sim no fundamento das suas decisões*”<sup>395</sup>.

Esta compreensão entre a legitimidade da tutela judicial e o real conflito a ser enfrentado na efetivação dos direitos sociais precisa ser bem esclarecida, a fim de evitar que princípios e institutos absolutamente distintos e imponderáveis sejam colocados num plano de avaliação comum. Assim, consistindo a separação de poderes e o princípio democrático fundamentos do próprio Estado de Direito, não há relação de pertinência, tampouco de disponibilidade, para com a apreciação dos direitos sociais<sup>396</sup>. Aqueles tem a ver com os princípios de organização e natureza do próprio Estado, na perspectiva de existência e configuração, enquanto que estes estão relacionados com os respectivos deveres, afetos à atuação do Estado.

Como se observa, as normas em destaque não se cruzam, tampouco colidem, atuando em perspectivas diversas de um mesmo organismo. Aliás, como adverte Jorge Reis Novais, caso a colisão na efetivação dos direitos sociais ocorresse com o princípio

---

394 Acerca dos princípios constitucionais a serem analisados na decisão judicial, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 123.

395 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 476.

396 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 275.



democrático e a separação de poderes, por certo inexisteriam argumentos suficientes para sustentar a prevalência de qualquer direito, já que a democracia e a separação de poderes não estão na esfera de ponderação dos direitos individuais, fazendo parte dos princípios de organização do próprio Estado<sup>397</sup>.

Afastada, portanto, a invocação de colisão com o princípio democrático e a separação de poderes, vê-se que o real conflito na aplicação da norma de direito social residirá na previsão normativa que confere igual posição aos demais indivíduos, haja vista que a demanda pessoal poderá implicar no dispêndio de recursos do Estado, impedindo que a atuação estatal alcance na plenitude as demandas da generalidade das pessoas<sup>398</sup>. Por esta razão, a efetivação da norma em favor de um poderá impor a inaplicabilidade da norma em benefício de terceiros, gerando clara colisão normativa.

É exatamente este conflito que precisa ser enfrentado por ocasião da tutela judicial das normas de direitos sociais. As questões muitas vezes suscitadas quanto à viabilidade da prestação ou mesmo da legitimidade do Judiciário na sindicabilidade dos direitos sociais estão, em verdade, afetas a este ponto, já que a resistência à aplicação da norma é imposta pela impossibilidade de o mesmo direito, naquelas condições fáticas, ser extensível a todos os demais que necessitam da mesma prestação. Aliás, embora esta pretensão possa ser a mesma, é possível que a necessidade dos demais seja tão relevante quanto, porém em face de um outro direito integrante do rol das prestações sociais<sup>399</sup>.

Alcançado o cerne da questão, tem-se que as limitações orçamentárias, apesar de serem uma realidade fática, atuam na apreciação judicial não como barreira decorrente da separação de poderes, mas em virtude da garantia concedida pela norma constitucional em favor dos demais indivíduos também alcançados pela proteção normativa. São estas normas,

---

397 Ao considerar que a ponderação sequer é pacífica no campo dos direitos de liberdade, Jorge Reis Novais aponta para uma debilidade ainda maior na seara dos direitos sociais. Para ele, de acordo com este modelo seriam colocados “em contrapeso princípios ou valores de natureza radicalmente distinta”, tornando impossível de ser realizável a atividade proposta. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 271.

398 Abordando a existência de custos em todos os direitos fundamentais, cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 642.

399 Entendendo que a colisão normativa se estabelece apenas em relação à própria norma que resguarda as opções eleitas em favor da coletividade pelos demais poderes, de um lado, e do outro, o direito social individualmente demandado, cf. LUIZ ANTONIO FREITAS DE ALMEIDA, *op. cit.* p. 241.

em favor dos demais indivíduos, que colidem com a norma invocada pelo indivíduo, desafiando a tutela judicial a um exercício interpretativo e metodológico que garanta os direitos de forma a preservar a unidade constitucional.

Longe de desafiar conflitos e impor cedências em face dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, as normas de direitos sociais colidem entre si, sendo este o verdadeiro conflito a ser apreciado na tutela judicial. Por esta razão, os custos dos direitos e as respectivas limitações orçamentárias são circunstâncias que devem ser sopeadas no conjunto deste conflito.

Esta conclusão remete para a relação similar que ocorre no campo dos clássicos direitos de liberdade, sobre os quais a tutela judicial age na contemplação do conflito firmado entre as respectivas normas colidentes, ainda que haja da parte do Estado a necessidade de proteger, respeitar ou prestar a garantia reivindicada. Em qualquer situação, a tutela judicial, como destaca Catarina Santos Botelho, “obedece a uma lógica de equilíbrio”<sup>400</sup>.

A análise do real conflito apenas reforça a concepção inicial no sentido de que os custos dos direitos não alteram a lógica de equilíbrio dos direitos sociais, tampouco os privam da necessária proteção judicial. Na verdade, analisar seriamente o impacto financeiro das normas de direitos sociais é reconhecer sua natureza jusfundamental e equilibrar sua efetivação com a norma de mesma categoria que confere idêntica posição de privilégio à generalidade das pessoas.

Para além desta compreensão, deve-se acrescentar que o conflito, como já visto, não decorre da capacidade financeira do Estado, muito embora esta circunstância seja inarredável do campo da tutela judicial, já que, globalmente, dela decorre a limitação estatal de efetivar todos os direitos sociais na maior amplitude possível. Contudo, o enfoque do conflito não é simplesmente a pretensão individual em face do orçamento estatal, já que esta análise seria carente de uma abordagem real do conflito existente.

---

400 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os direitos sociais...*, op. cit., p. 488.

De fato, confrontar uma pretensão individual com o orçamento do Estado, numa simples análise de valor demandado e saldo existente, dificilmente implicaria na constatação de ausência de recursos, já que os cofres públicos contam com imenso volume de recursos. Inobstante isto, o que está em questão na análise do real conflito não é se o Estado tem ou não saldo financeiro para o atendimento de “um”, mas sim se as normas de direitos sociais em favor dos demais indivíduos também gozariam de cobertura financeira nas mesmas condições pretendidas na demanda judicial ajuizada.

O foco da discussão não está entre a norma reivindicada por um indivíduo e o orçamento, mas sim entre a efetivação do direito social pretendido pelo indivíduo e a previsão normativa de mesma natureza conferida às demais pessoas, sendo o orçamento apenas o instrumento de viabilidade desta aplicação<sup>401</sup>. Assim, como os direitos não são isentos de custos, o orçamento do Estado atua como instrumento de concretização das pretensões pessoais, seja facilitando a efetivação em favor de todos, seja limitando a mesma concessão em caso de reduzida disponibilidade, a fim de que aqueles que revelam ser mais necessitados possam ser contemplados.

Por tais razões, a análise séria da efetivação dos direitos sociais, em especial por sua natureza jusfundamental, deve partir da identificação do real conflito em sua aplicação, a fim de que a tutela judicial coloque sob confronto direto as normas realmente colidentes, extraíndo-se, assim, a justa medida da decisão buscada.

### **3. Indispensabilidade do recurso à ponderação**

Identificado o real conflito normativo a desafiar a aplicação da norma de direito social, depara-se a tutela judicial com uma posição de privilégio reivindicada por um indivíduo, cuja aplicação deflagrará um conflito direto com uma norma de igual estatura, identificada pela previsão normativa que confere a mesma concessão à generalidade das pessoas.

---

401 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direito Sociais...*, op. cit., p. 356.

Este é mais um dos grandes dilemas na aplicação das normas de direitos sociais, sendo aparentemente mais simples tratar o tema como se fossem normas de categoria diferenciada, talvez com uma capacidade reduzida de aplicação ou mesmo uma característica própria que permitisse ser classificada como direito fundamental e, ao mesmo tempo, ser submetida a um regime de aplicação distinto e restrito.

É claro que a aceitação dos direitos sociais como normas de natureza jusfundamental não tem a pretensão de torná-las absolutas ou isentas de qualquer limitação, não sendo esta dogmática aplicável a qualquer dos direitos fundamentais<sup>402</sup>. Ao contrário, posicioná-las na categoria adequada permite seja conferido o tratamento correto, com as concessões necessárias de sua dimensão, mas também com a forma inevitável de sua aplicação.

Da mesma forma que as normas relacionadas aos direitos de liberdade desafiam uma atividade interpretativa que integre e preserve a unidade constitucional, especialmente nos casos de conflito direto entre os direitos fundamentais em questão, as normas de direitos sociais deverão ser submetidas a um crivo semelhante, a fim de que o julgador possa identificar a norma que deverá prevalecer na análise do conflito estabelecido.

Esta necessidade advem da constatação de que as normas em conflito, como identificado no item anterior, gozam de mesma natureza, não havendo como as regras tradicionais de solução de conflito suprirem a equação posta sob o crivo judicial<sup>403</sup>. Aliás, no âmbito dos direitos sociais, o conflito deflagra-se com a aplicação da norma em favor da generalidade das pessoas, o que alcança tanto a mesma norma reivindicada pelo titular, quanto todas as demais posições conferidas *in tese* aos indivíduos de uma forma geral.

Em situações como esta, impõe-se ao intérprete o recurso à ponderação das normas em conflito, sendo este método, como destaca Jorge Reis Novais, o melhor instrumento de análise das colisões de direitos fundamentais<sup>404</sup>. De fato, o cenário

---

402 Como adverte Konrad Hesse, “nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condições naturais”. Cf. KONRAD HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, *op. cit.*, p. 25.

403 Como reconhece Emerson Garcia, as normas constitucionais, embora com distinções axiológicas, “não ocupam plano existenciais distintos, hierarquicamente escalonados entre si”, pelo que não é possível que os conflitos normativos sejam “resolvidos no plano da validade”. Cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre Normas Constitucionais...*, *op. cit.*, p. 413.

404 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente...*, *op. cit.*, p.

constitucional moderno tem sido identificado pela forte atuação de princípios, os quais, invariavelmente, geram relações conflitantes entre direitos individuais e coletivos, tornando inevitável, como reconhece Gilmar Ferreira Mendes, “juízos de ponderação”<sup>405</sup>.

Com efeito, na moderna conjuntura constitucional, regida por normas garantidoras de posições de privilégio à generalidade das pessoas, os conflitos normativos são cada vez mais complexos, exigindo do intérprete solução que sobressaia a esfera de validade da norma<sup>406</sup>. Assim, não sendo suficiente, na análise dos princípios, o confronto da norma como mandamento definitivo, já que esta qualidade é restrita às regras<sup>407</sup>, impõe-se a ponderação como método de solução dos conflitos entre princípios<sup>408</sup>.

É bem verdade que a adoção da ponderação exige do Juiz uma avaliação mais complexa do caso, haja vista que a clássica confrontação do juízo de cumprimento e validade da norma, típico das regras, não mais oferece resposta suficiente no complexo conjunto de princípios. Agora, a tutela judicial depara-se com a necessidade de avaliar a solução do conflito mediante a importância e peso dos princípios colidentes no âmbito do caso concreto, atividade esta que requer uma “operação de índole valorativa”<sup>409</sup>, através do confronto racional de razões e contrarrazões<sup>410</sup>.

---

639. De se registrar a advertência de Carlos Blanco de Moraes, para quem os próprios defensores da ponderação buscam, “sem grandes resultados palpáveis”, parâmetros na tentativa de objetivar o método e evitar o “arbítrio do intérprete”, revelando de forma ainda mais evidente a fragilidade do recurso interpretativo, sobretudo no campo dos direitos sociais”. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 595. Já no sentido de reconhecer a necessidade de estabelecer estrutura e critérios ao método de ponderação, cf. HUMBERTO ÁVILA, *Teoria dos Princípios, da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, 4ª ed. 3ª Tiragem, São Paulo, Malheiros, 2015, p. 94.

405 Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 633.

406 Sobre a concepção de Constituição como ordem de valores a desafiar a concretização por parte do Estado, cf. PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, *Juízo de ponderação na jurisdição constitucional*, São Paulo, Saraiva, 2009, p. 61.

407 De se destacar a posição de Humberto Ávila, para quem a ponderação seria necessária inclusive em casos de aplicação de regras, já que, por vezes, podem ser encontrados casos em que o intérprete terá de sopesar a aplicação de regras. Cf. HUMBERTO ÁVILA, op. cit., p. 44.

408 Cf. ROBERT ALEXYS, *Constitucionalismo Discursivo*, op. cit., p. 64.

409 Cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre Normas Constitucionais...*, op. cit., p. 415.

410 Por conta deste novo cenário, onde o Juiz terá de conduzir a decisão de acordo com a atribuição de preferência em detrimento de outra norma, tendo como limite a racionalidade, Ramón Ruiz destaca a advertência de Prieto Sanchís, para quem “la aplicación de principios comporta mayores riesgos de subjetividad valorativa que la aplicación de reglas”. Cf. RAMÓN RUIZ, “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. especial referencia a la jurisprudencia

Assim como ocorre corriqueiramente no conflito entre direitos de liberdade, sobre os quais a “metodologia ponderativa”<sup>411</sup> busca identificar, racionalmente, a prevalência de um princípio sobre outro, também se exige esta postura na tutela judicial dos direitos sociais, exatamente porque o ordenamento jurídico não dispõe de respostas definitivas acerca da validade dos princípios ou sua relação de superioridade diante de outras normas.

Nestas condições, na hipótese de uma demanda judicial com vistas à internação hospitalar ou mesmo o fornecimento de um medicamento pelo Estado, sob o manto da norma de direito social que confere o direito à saúde, carece o ordenamento de uma resposta simples para a padronização da tutela pretendida<sup>412</sup>. Simplesmente consta uma previsão normativa, cuja norma confere uma posição de privilégio em favor do indivíduo a ser suportada pelo Estado.

Em casos como este, que poderia ser enfrentado na perspectiva de qualquer outro direito social, inexistente resposta constitucional fundada em regras objetivas que apontem para um resultado auferido pela equação “tudo ou nada”. Em verdade, os dilemas nesta seara exigem uma análise profunda do alcance da norma, da razoabilidade da pretensão, da repercussão na posição de terceiros e de todas as demais peculiaridades que envolvem o caso concreto. Assim, como destaca David Duarte, inexistente outra forma de resolver o conflito que não seja através da ponderação<sup>413</sup>.

Os desafios da tutela judicial são inúmeros, especialmente porque no campo de identificação da norma prevalecente inexistente um princípio que imponha, previamente, a cedência de uma ou outra norma, sendo este o dilema a ser enfrentado pelo Juiz. Se por um

---

*constitucional española*”, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, Nº 10, pp. 53/77, Ano 2006/2007, p. 59.

411 Acerca da metodologia da ponderação no controle da observância “dos limites aos limites dos direitos fundamentais”, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 124. Sobre o uso da metodologia da ponderação na solução dos conflitos constitucionais na aplicação das normas de Direito Administrativo, cf. PAULO OTERO, *Manual de Direito Administrativo*, Vol. 1, Reimp., Coimbra, Almedina, 2014, p. 436.

412 Reconhecendo os princípios como “direitos *prima facie* e não direitos definitivos”, Gomes Canotilho reforça a necessidade da ponderação e concordância das condições do caso concreto. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 1273 e ss.

413 Cf. DAVID DUARTE, “*Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances*”, in *Legal Reasoning: The Methods of Balancing*, pp. 51/62, ARSP Beiheft Nr 124, Stuttgart, Franz Steiner Verlag Stuttgart, 2010, p. 58.

lado não há norma que, de forma objetiva e antecipada, reduza o campo de abrangência do princípio, também não há por outro lado norma que restrinja, *ab initio*, a concessão em favor de terceiros, exigindo-se, assim, que o Juiz adote uma decisão lastreada nas condições internas e externas do caso concreto<sup>414</sup>.

Por esta razão, como reconhece Gomes Canotilho, a ponderação como método de solução de conflito “visa elaborar critérios de ordenação”, diante dos dados normativos e circunstâncias factuais, permitindo o alcance da “solução justa para o conflito de bens”<sup>415</sup>. É através da ponderação que o Juiz poderá encontrar a medida adequada da aplicação da norma em face da complexa relação conflituosa formada pelas normas em sentido contraposto.

Embora o recurso à ponderação sofra objeções<sup>416</sup> ou mesmo não signifique que a solução será um resultado de fácil alcance, já que dependente de uma avaliação racional de argumentos favoráveis e contrários ao peso de cada norma em conflito, conclui-se, à luz do Estado Constitucional repleto de normas fundamentais com “elevado grau de indeterminação e generalidade”<sup>417</sup>, que este é o método mais adequado para proporcionar ao intérprete o alcance da justa medida da norma, algo fundamental para o exercício da tutela judicial<sup>418</sup>.

---

414 No enfrentamento da natureza dos direitos fundamentais, Alexy reforça que, na qualidade de “direitos abstratos”, os direitos humanos colidem inevitavelmente com outros direitos humanos e com bens coletivos como a proteção do meio ambiente ou a segurança pública. Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 831.

415 Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 1237.

416 Acerca das críticas no sentido de que a ponderação seria um “método irracional”, cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 833. Sobre as críticas “metodológicas” e “funcionais”, cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais”, in *Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Vol. III, pp. 915/938, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 917. Abordando as críticas de Habermas à ponderação como defendida por Alexy, cf. LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Sobre a Justificação das restrições aos direitos fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*, Vol. I, pp. 557/574, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 560/561. Ainda sobre as críticas apontadas à ponderação, cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre Normas Constitucionais...*, *op. cit.*, p. 416.

417 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, *op. cit.*, p. 87.

418 Registre-se que o próprio Alexy, ao firmar a “Lei da Ponderação” advertiu para o risco de crítica acerca da sua fórmula do peso, nomeadamente pela possível alegação de impossibilidade de o raciocínio jurídico ser reduzido a cálculos. Contudo, entende o autor que tal entendimento seria um equívoco, na medida em que os números apenas representariam as proposições sobre a colisão dos princípios. Assim, sua fórmula do peso estaria ligada ao discurso do peso. Para o autor, a fórmula do peso “não é uma alternativa ao argumento moral, mas uma estrutura de argumentação jurídica e moral”. Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, pp. 823 e 827.

#### 4. Qual o conteúdo mínimo da norma de direito social?

Embora as questões relacionadas à noção de um “mínimo existencial” sejam analisadas no presente trabalho apenas no próximo capítulo, em estreita ligação com o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual deverá atuar como parâmetro na aplicação das normas de direitos sociais, faz-se oportuno, neste momento, discernir acerca da possibilidade de ser reconhecido um conteúdo mínimo destas normas.

Como reconhece José de Melo Alexandrino ao se aprofundar nas questões relativas ao “mínimo existencial”, são poucos os conceitos que tem “sido associado a um número tão diferente de realidades”<sup>419</sup>. De fato, a identificação do maior ou menor alcance das posições conferidas através das normas de direitos sociais traduz-se como uma tarefa extremamente delicada, exigindo-se prudência e coerência na análise da temática, sobretudo no que concerne a esta busca pelo assim chamado “conteúdo mínimo”.

Inicialmente, é preciso ter em mente que o raciocínio seguido até aqui parte da compreensão que as normas de direito sociais constituem verdadeiros direitos fundamentais. Embora esta constatação não facilite propriamente o resultado da análise, o certo é que esta premissa permite desenvolver um tratamento do tema à luz do mesmo método adotado para a solução dos conflitos envolvendo os direitos de natureza jusfundamental.

Partindo desta premissa, também é certo que as normas de direitos sociais, como ocorre com várias posições de direitos de liberdade, assumem uma variedade extremamente ampla na cobertura e alcance pretendidos<sup>420</sup>, não sendo de fácil delineamento sua definição objetiva, o que favorece as divergências quanto às fronteiras para concretização do direito<sup>421</sup>. Afinal, à luz da generalidade dos textos normativos de direitos sociais, não se

---

419 Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, *op. cit.*, p. 266.

420 Cf. CRISTINA QUEIROZ, *op. cit.*, p. 88.

421 Na visão de Jorge Miranda, o limite entre o que se entende por necessidade básicas e outras necessidades não é algo rígido, definitivo, o que é influenciado pelos estágios de desenvolvimento econômico, social e cultural, bem como da própria situação do país. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito*



apresenta clara a dimensão do conteúdo das garantias mínima e máxima relativas à saúde, à educação, à moradia, ao trabalho, à alimentação, dentre várias outras posições protegidas<sup>422</sup>.

Nestas condições, parece precipitada - ou um tanto quanto ousada - a tentativa de apontar a existência de um *quantum* correspondente ao conteúdo mínimo da norma de direito social, sobretudo na sua concepção geral e abstrata, já que esta pretensão implicaria no reconhecimento extremo de máxima abrangência de todas as pretensões individuais, algo não realizável na perspectiva dos direitos fundamentais.

De uma forma geral, pode-se apontar que a doutrina acaba por tentar alcançar o conceito com base naquilo que o instituto não pode deixar de ser, esclarecimento este não muito satisfatório quando o propósito é realmente compreender a dimensão do fenômeno em estudo. Nesta tentativa de alcançar o conceito do núcleo essencial dos direitos fundamentais, Ingo Wolfgang Sarlet afirma ser a parte do “conteúdo de um direito sem a qual ele perde a sua mínima eficácia”, tornando-o incapaz de ser reconhecido como direito fundamental<sup>423</sup>.

Inobstante a tentativa de clarear o instituto, observa-se que a busca pela noção do “conteúdo mínimo” permanece incerta, simplesmente porque o limite da eficácia do direito fundamental em causa é extremamente difícil de ser mensurado, em face diversas condições temporais, espaciais ou mesmo pessoais, não oferecendo, assim, elementos seguros para uma delimitação de seu objeto.

Ademais, sendo a previsão normativa destinada ao alcance de todos que naquelas condições estejam a desfrutar da proteção legal, estatuinto uma variedade ilimitada de posições, há um outro risco na compreensão daquilo que seria compreendido como mínimo, fruto, no caso, das infindáveis necessidades individuais. É que a definição de um “conteúdo mínimo” de forma genérica, como resultado da soma das diversas pretensões individuais diante das mais variadas posições e necessidades, tornaria os direitos sociais impossíveis de serem concretizados, já que seriam compreendidos como o máximo a ser alcançado pela pretensão cumulativa de todos.

---

*Constitucional, Tomo IV, op. cit., p. 579.*

422 Segundo Alexy, até para os direitos fundamentais sociais mais simples há extrema dificuldade na “determinação de seu exato conteúdo”. Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais, op. cit.*, p. 507.

423 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, *op. cit.*, p. 420.

Por esta razão, de logo se deve antecipar que o alcance daquilo que se pretende seja reconhecido como um nível mínimo de proteção e garantia da norma de direito social, em especial para os efeitos resultantes da tutela judicial destes direitos, deve ser alcançado através da análise individualizada, em face do caso concreto. Somente através de uma apreciação individual, ponderando as colisões normativas, é possível alcançar qual o “mínimo” a ser prestado, já que, em geral, traduz-se como a parcela imprescindível para a preservação da existência digna do indivíduo<sup>424</sup>.

De qualquer sorte, esta tarefa não torna as discussões acerca do conteúdo da norma diferentes no âmbito geral da tutela judicial dos direitos sociais. Vale dizer que a aplicação da norma de direito social exige uma análise racional do conflito normativo, analisando-se a colisão de posições jusfundamentais de acordo com os princípios constitucionais fundantes do Estado de Direito Democrático.

Em verdade, a tentativa de efetivar um mínimo de proteção garantida advém, como se verá adiante, da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana<sup>425</sup>, o qual, em maior ou menor medida, justifica o próprio pensamento fundante dos direitos sociais. Como já afirmado, esta parcela dos direitos fundamentais surgiu como forma de atender as necessidades indispensáveis para elevação das condições de existência humana<sup>426</sup>. É este conteúdo relacionado à própria sobrevivência que poderia, como reconhece Jorge Reis

---

424 Ao reconhecer a estreita relação entre os princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana, da proporcionalidade e o próprio sistema de direitos, Willis Santiago Guerra Filho adverte para a impossibilidade de a proporcionalidade em sentido estrito, na ponderação entre “meio” e “fim”, violar o “conteúdo essencial” do direito fundamental, sob pena de “desrespeito intolerável da dignidade humana”. Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais”, *op. cit.*, p. 306.

425 Ao discorrer sobre a realização de um “mínimo social”, na perspectiva de validar o assim chamado “princípio da proibição do déficit”, Jorge Reis Novais reconhece que a tentativa de delimitar o “mínimo exigível” corresponde à própria “natureza da dignidade da pessoa humana”. Ainda assim, afirma o autor que, embora este princípio tenha sua faceta “absoluta”, no sentido de que as exigências de respeito à dignidade não cedem “perante quaisquer outros valores”, há um condicionamento e uma relativização decorrentes dos níveis de desenvolvimento econômico e moral de determinada sociedade”, influenciando, assim, nas exigências concretas que podem ser impostas ao Estado. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 394.

426 Ao destacar que a dignidade da pessoa humana corresponde a uma “posição nuclear” dos direitos fundamentais, Jorge Pereira da Silva ressalta que o princípio da dignidade tende a coincidir com a soma do ‘núcleo da dignidade’ presente em cada um dos direitos individuais. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, *op. cit.*, p. 118.

Novais, apontar para a existência de um conteúdo mínimo<sup>427</sup>.

Estas dificuldades no alcance do “conteúdo mínimo” apenas justificam a adoção de critérios e parâmetros constitucionais adequados para que sejam identificadas as posições mínimas dos direitos sociais, as quais consistem exatamente na parcela do direito que, adotando-se uma metodologia ponderativa, prepondera perante o conflito normativo. Assim, seja maior ou menor a concessão, até mesmo o conteúdo mínimo do direito social será resultante da ponderação adequada das normas em conflito, ainda que em respeito à dignidade da pessoa humana, destacando-se que quanto maior a interferência, maior deverá ser a justificativa da restrição<sup>428</sup>.

---

427 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais ...*, op. cit. p. 232.

428 Nas palavras de Alexy, “quanto mais um princípio é restringido, mais ele fica resistente”. Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., p. 300.

**CAPÍTULO III**  
**PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS**  
**NO CONTROLE DA EFETIVIDADE DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS**

*“Quando as leis conscientemente desmentem essa vontade e desejo de justiça, como quando arbitrariamente concedem ou negam a certos homens os direitos naturais da pessoa humana, então carecerão tais leis de qualquer validade, o povo não lhes deverá obediência, e os juristas deverão ser os primeiros a recusar-lhes o caráter de jurídicas”. - GUSTAV RADBRUCH<sup>429</sup>*

**1. Constituição com princípios: o conflito e a solução!**

No capítulo anterior, teve-se a oportunidade de verificar que a constatação de conflitos normativos constitucionais traduz-se como um fenômeno próprio do constitucionalismo fundado em princípios<sup>430</sup>. Desprovidos de um conteúdo determinado, os princípios constitucionais refletem normas expansivas e gerais, cujo alcance, em geral, não pode ser previamente estabelecido. Assim, somente do cotejo entre as forças antagônicas, compreendidas como os mandamentos constitucionais colidentes, poder-se-á alcançar o conteúdo preciso da norma para o caso concreto.

---

429 Cf. GUSTAV RADBRUCH, “Cinco minutos de Filosofia do direito” - Apêndice II, in *Filosofia do Direito*, tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada, 6ª edição, Armenio Amado Editor, Coimbra, 1979, p. 416.

430 A força normativa dos princípios não deixa de ser um fenômeno recente no constitucionalismo moderno. Segundo Paulo Bonavides, os princípios eram tratados como normas de “conteúdo inócuo de programaticidade”, cuja compreensão neutralizava a eficácia das Constituições em seus valores e objetivos. Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit. p. 292.

Esta constatação, como visto, não reflete necessariamente um problema, muito embora exija do intérprete o zelo e a técnica necessários para o alcance do significado da norma. Antes, porém, a Constituição fundada em princípios revela a supremacia de uma nova ordem jurídica, cujos valores são orientados por princípios mais amplos, capazes de regular as situações da vida humana nas mais diversas ocasiões.

O problema, reitera-se, não está na ocorrência dos conflitos normativos, porquanto estes são uma consequência natural deste modelo de constitucionalismo fundado em princípios. Em verdade, o dilema está na aceitação de que a nova ordem constitucional somente alcançará coerência e unidade sistêmica dentro das dimensões traçadas pelos próprios princípios<sup>431</sup>. Assim, pode-se admitir o trocadilho de palavras no sentido de que as colisões normativas numa Constituição de princípios são resolvidas pelos princípios da Constituição.

Traçada esta constatação, vê-se que não basta reconhecer o conflito normativo na aplicação dos direitos sociais, tampouco identificar as normas efetivamente colidentes. Estas, como visto, são tarefas necessárias sem as quais a busca pela interpretação adequada da norma conduzirá a resultados diversos do efetivo conteúdo normativo ou, na rara hipótese de alcançar a correção na sua aplicação, será um resultado encontrado sem qualquer padrão de cientificidade. Por tal razão, a aplicação da norma de direito social requer uma análise bem mais acurada.

Em verdade, no complexo sistema das normas de direitos fundamentais, há de se recorrer a princípios que a própria Constituição consagra como forma de balizar a atuação do intérprete, conferindo uma aplicação capaz de integrar e proporcionar unidade ao Texto Constitucional. Dada a importância que representam na própria estrutura do Estado de Direito Democrático, estes princípios podem ser chamados de estruturantes, haja vista proporcionarem fundamento e alicerce da estrutura jurídico-política do sistema<sup>432</sup>.

---

431 Ao atribuir aos princípios a capacidade de proporcionar a “unidade de sentido” ao sistema constitucional, Paulo Bonavides também destaca sua importância na valoração da própria ordem normativa. Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit. p. 292. No mesmo sentido, destacando que os princípios traduzem os valores que são responsáveis por manter a “coerência” do ordenamento, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 287.

432 Numa abordagem aprofundada do tema, ainda que ligada à Constituição portuguesa, Jorge Reis Novais elenca os princípios constitucionais estruturantes, entendendo que o princípio do Estado de Direito desenvolve uma proteção garantista, constituindo um parâmetro de avaliação da constitucionalidade dos atos. Para tanto, estas exigências traduzem-se em princípios capazes de concretizar o Estado de Direito,

De fato, o equilíbrio a ser alcançado no complexo sistema constitucional exige a adoção de mecanismos capazes de equacionar as diversas posições previstas no Texto Supremo, nomeadamente aquelas atinentes à separação de poderes, à democracia e aos direitos fundamentais. Para tanto, somente o recurso aos princípios constitucionais que norteiam o moderno Estado Constitucional é capaz de proporcionar o equacionamento das normas conflitantes, permitindo que a aplicação da norma tenha lugar de forma racional e integrativa<sup>433</sup>.

Esta constatação torna-se inevitável por três razões mais evidentes. Primeiro, o universo aberto das normas constitucionais não permite o disciplinamento de todas as questões de forma mais pormenorizada, sendo inevitável, em várias situações, um exercício interpretativo mais complexo para compreender seu verdadeiro alcance. Em um segundo momento, tem-se a própria natureza dos direitos fundamentais, os quais conferem à generalidade das pessoas posições de privilégio que, invariavelmente, entram em rota de colisão. Por fim, o terceiro ponto que se destaca é a necessidade de alinhamento da lei e dos demais atos administrativos ao Texto Constitucional, o que nem sempre se revela claro, exigindo o recurso a princípios fundamentais da própria estruturação do Estado de Direito Democrático.

Em razão da especificidade do tema proposto neste trabalho, restrito à tutela judicial das normas de direitos sociais, os princípios aqui abordados serão analisados na perspectiva de sua atuação na interpretação normativa e sua relação com as normas de direitos fundamentais sociais, a fim de que a ponderação do conflito normativo seja efetivada levando em consideração o sistema de princípios acobertados pela Constituição.

Por tais razões, mais do que conceitos, o que importa neste momento é buscar a influência destes princípios estruturantes na sindicabilidade das normas dos direitos sociais, a fim de proporcionar ao julgador ferramentas racionais e científicas para o alcance adequado da interpretação da norma. Assim, para além de uma abordagem geral acerca dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade, da proteção da confiança e da

---

muito embora, como ressalta o autor, estes princípios podem estar ou não consagrados expressamente na Constituição. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Federativa portuguesa*, op. cit., pp. 49/50.

433 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Federativa Portuguesa*, op. cit., p. 55.

proporcionalidade, o mais importante na análise da tutela judicial das normas de direitos sociais é compreender tanto a necessidade de dar seguimento a uma sequência operacional jurídico-constitucional quanto trilhar este caminho baseado nos mais legítimos fundamentos.

## **2. Princípio da dignidade da pessoa humana e o desafio do núcleo essencial ou do mínimo existencial**

Embora, como reconhece Perez Luño, exista uma estreita relação entre o surgimento dos direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana<sup>434</sup>, é importante ter em mente que os direitos sociais não podem ser confundidos com o princípio da dignidade da pessoa humana, sob pena, dentre outros riscos hermenêuticos, de esvair o conteúdo da norma pela sua pretensa ampliação desmedida<sup>435</sup>.

Por tal razão, no exercício da tutela judicial dos direitos sociais, embora reconheça Jorge Pereira da Silva que a dignidade corresponde “ao mais importante conceito da gramática dos direitos fundamentais”<sup>436</sup>, há de se diferenciar o fundamento de sua respectiva concretização, sob pena de conduzir a apreciação do conflito no complexo patamar do princípio da dignidade da pessoa humana, confundindo o direito social em causa com o mencionado princípio inspirador.

Para melhor esclarecimento deste cenário, é importante ter em mente que o fato de os direitos sociais constituírem uma materialização da dignidade da pessoa humana, concebidos como forma de promover melhoramentos nas condições da vida humana<sup>437</sup>, não

---

434 Cf. ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO, *op. cit.*, pp. 30/31.

435 Esta advertência é necessária sobretudo num cenário, como o brasileiro, em que a demanda por efetivação das normas de direitos sociais acaba por gerar uma argumentação ampliada das normas supostamente violadas, aliando-se invariavelmente a norma em causa à violação da dignidade da pessoa humana como peso argumentativo. Como adverte Jorge Reis Novais, “quando a Constituição pode ser tudo, passa tendencialmente a valer nada”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, *op. cit.*, p. 118.

436 Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, *op. cit.*, p. 113.

437 Cf. TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*, Vol. II, pp. 783/850, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 819. Veja-se, ainda, INGO WOLFGANG SARLET, “Breves notas sobre o regime jurídico-

significa que toda ausência de aplicação da norma de direito social implique numa correspondente violação ao princípio da dignidade da pessoa humana<sup>438</sup>. Em rápidas palavras, a abertura dos conceitos atribuídos às normas de direitos sociais permite alcançar concretizações materiais bem superiores ao núcleo circunscrito da preservação da dignidade humana, razão pela qual não se pode confundir os conceitos.

Ainda assim, é possível, por certo, que a omissão do Estado na concretização da norma de direito social revele tanto uma violação ao respectivo comando normativo quanto uma real ofensa à dignidade da pessoa humana. Contudo, nem sempre será este o caso, sendo, portanto, necessário traçar esta distinção, a fim de que a tutela judicial estabeleça uma ponderação do conflito normativo de forma racional, dentro dos limites verdadeiramente existentes.

Apesar de parecer de fácil depreensão, esta constatação não deixa de ser oportuna, na medida em que a dignidade da pessoa humana tem sido fortemente utilizada como recurso argumentativo na busca pela tutela judicial dos direitos sociais, relativizando seu próprio conceito<sup>439</sup>. Por tal razão, não se pode simplesmente associar de forma generalizada a omissão na concretização das normas de direitos sociais com uma automática violação à dignidade da pessoa humana.

---

constitucional dos direitos sociais...”, *op. cit.*, pp. 881/882.

438 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Federativa portuguesa*, *op. cit.*, p. 55.

439 Por ocasião do julgamento do RE 581488, de relatoria do ministro Dias Toffoli, o Supremo Tribunal Federal do Brasil assentou ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana ao julgar inconstitucional ato normativo que estabelecia a possibilidade de pagamento adicional pelo paciente em atendimento na rede hospitalar custeada pelo Sistema Único de Saúde. Para a Corte, “o procedimento da 'diferença de classes', tal qual o atendimento médico diferenciado, quando praticados no âmbito da rede pública, não apenas subverte a lógica que rege o sistema de seguridade social brasileiro, como também afronta o acesso equânime e universal às ações e serviços para promoção, proteção e recuperação da saúde, violando, ainda, os princípios da igualdade e da dignidade da pessoa humana. Inteligência dos arts. 1º, inciso III; 5º, inciso I; e 196 da Constituição Federal”. Abstraindo-se a questão da legalidade do ato normativo diante do regime jurídico do SUS ou mesmo da repercussão do ato perante o princípio da igualdade, observa-se que a invocação do princípio da dignidade da pessoa humana apenas acompanhou o conjunto geral das normas afetadas. Para acesso integral ao conteúdo, veja-se a decisão plenária do STF, em 03/12/2015, no RE 581488 (acórdão eletrônico repercussão geral - mérito DJE-065 – Divulg. Em 07-04-2016 - public. Em 08-04-2016). Disponível no site [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)



Veja-se, como ilustração, o caso brasileiro, em que a Constituição de 1988, em seu artigo 6º<sup>440</sup>, garante como direitos sociais diversas posições, como saúde, alimentação, moradia, lazer, transporte, educação, dentre outros. Sem muita demora, pode-se facilmente reconhecer que determinadas previsões não geram, por sua falta de concretização pelo Estado, imediata violação à dignidade da pessoa humana. Isto ocorre, por exemplo, com a norma que garante o transporte como direito social. O fato de o indivíduo não dispor de meio autônomo de transporte não significa, em princípio, que a falta de prestação por parte do Estado acarrete uma violação à dignidade da pessoa humana.

Pela simplicidade do exemplo, sobretudo por se considerar, em geral, incomum uma violação à dignidade pela inaplicabilidade da respectiva norma de direito social, poder-se-ia suscitar que o verdadeiro dilema nesta seara reside nas posições mais delicadas dos direitos sociais conferidos, nomeadamente nas situações nas quais as normas garantem o direito social à saúde, à alimentação, à educação ou mesmo à moradia.

De fato, o nível de necessidade destes direitos para a própria existência humana destaca-se como superior a vários outros, não havendo espaço, contudo, para um estudo detalhado acerca destes temas. De toda sorte, há de ser reconhecer que estas normas garantem posições das mais amplas possíveis, havendo por parte do Estado uma imensa margem de atuação na concretização da saúde, da moradia, da alimentação, do trabalho, dentre várias outras posições.

À guisa de ilustração, estão englobados pelo conceito de saúde tanto atendimentos simples, quanto complexos; tanto intervenções inadiáveis e vitais, quanto procedimentos estéticos e menos relevantes. O caso da alimentação também não é diverso, já que a abertura da norma firma posição desde o básico alimentar para sobrevivência até o acesso aos mais elaborados e refinados preparos. Por fim, no mesmo sentido é a questão da moradia, cuja norma trata o assunto de forma ampla, podendo ser associado ao conceito tanto a mais simples forma de acomodação e abrigo até a mais sofisticada habitação. Estas mesmas reflexões de alcance das normas poderiam ser traçadas com qualquer dos direitos sociais, revelando a abertura dos conceitos e a necessidade de serem firmados parâmetros para a

---

440 Após as Emendas Constitucionais de 2000 (EC nº 26), 2010 (EC nº 64) e 2015 (EC nº 90), o artigo 6º, da Constituição brasileira conta com a seguinte redação: “são direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição”.

devida tutela judicial destes direitos<sup>441</sup>.

Nestas condições, vê-se que mesmo nas normas aparentemente mais sensíveis à condição humana, é necessário fazer clara distinção entre a falta de aplicação da norma de direito social que gera uma violação apenas à sua previsão normativa, como direito fundamental, e aquela omissão estatal que é capaz, para além da violação à norma de direito social, de também violar à dignidade da pessoa humana.

Esta distinção é deveras relevante na medida em que, encontrando-se o Estado jungido aos limites de um orçamento, a tutela judicial dos direitos sociais deve ser conduzida, sobretudo, na busca pela proteção da dignidade da pessoa humana<sup>442</sup>. Isto porque que a previsão aberta e ampla da norma de direito social não pode significar a possibilidade de o indivíduo exigir a mobilização dos recursos estatais para intervenções secundárias, colocando em risco a “composição equilibrada entre valores igualmente dignos” de proteção pela tutela jurídica<sup>443</sup>.

Admitir-se o contrário significaria tanto uma atuação para além do conteúdo da dignidade da pessoa humana quanto, de forma reflexa, estaria em franca contraposição ao próprio conceito de “igual dignidade”, na medida em que colocaria o Estado como instrumento de alcance de interesses pontuais ainda que, no universo global, tivesse de atender às mais diversas necessidades imprescindíveis da pessoa.

Esta observação também é relevante na abordagem da tutela judicial dos direitos sociais, a fim de compreender que o respeito à dignidade da pessoa humana não necessariamente conduzirá ao maior benefício desejado, satisfazendo-se com a garantia de condições suficientes para a digna existência humana. Como lembra Catarina Santos Botelho,

---

441 Para Paulo Otero, o critério aferidor da materialidade dos direitos fundamentais reside na própria dignidade da pessoa humana, razão pela qual serve o princípio como “elemento orientador da abertura e desenvolvimento do catálogo constitucional de direitos fundamentais. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 562.

442 Sobre a dignidade da pessoa humana como princípio que “inspira os procedimentos de controlo”, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 123.

443 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Federativa portuguesa*, op. cit., p. 55. Assumindo o princípio da dignidade da pessoa humana como “critério interpretativo e integrativo do sistema constitucional de direitos fundamentais” e demais normas do ordenamento, Paulo Otero reafirma o postulado geral *‘in dubio pro dignitate’*. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., pp. 562/563.

os dilemas envolvendo os direitos fundamentais devem oferecer respostas não propriamente ao que é “bom”, mas sim aquilo que é “justo”<sup>444</sup>.

Com efeito, a distinção do que realmente ofende o princípio da dignidade da pessoa humana daquilo que apenas reside no âmbito da ausência de concretização da norma de direito social também é relevante no sentido positivo da operação. Assim, além de a depuração feita pela dignidade da pessoa humana não garantir o excesso da pretensão, o que seria, grosso modo, uma perspectiva negativa quanto à exigência de atuação, também é de se destacar a irradiação do princípio fundante como apto a identificar a imprescindibilidade da prestação do Estado em favor do indivíduo, aquilo que se poderia denominar de “concretização mínima do direito”<sup>445</sup>.

Sem qualquer dúvida, este é um dos pontos mais discutidos acerca da concretização das normas de direitos sociais. Em verdade, a identificação das obrigações mínimas do Estado carrega consigo um dos maiores dilemas na compreensão das normas dos direitos sociais, sendo, como ressalta Catarina Santos Botelho, “o principal déficit do direito constitucional”<sup>446</sup>. Contudo, exatamente pela impossibilidade de o Estado custear todas as necessidades dos indivíduos na máxima cobertura possível é que a tutela judicial dos direitos sociais há de ser conduzida por parâmetros adequados, sendo a dignidade da pessoa humana um dos princípios condutores deste processo<sup>447</sup>.

As diferentes nomenclaturas oferecidas na busca por conferir maior efetividade das normas de direitos sociais não conseguem, por se próprias, conferir objetividade ao processo de interpretação, em nada ou muito pouco auxiliando na solução do conflito normativo posto em causa na aplicação das normas de direitos sociais. Para tanto, como destaca Paulo Otero, a dignidade da pessoa humana pode “servir de fundamento a restrições e

---

444 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 337.

445 Conforme destaca Ingo Wolfgang Sarlet, o princípio da dignidade da pessoa humana é responsável pela garantia do mínimo de existência, levando em consideração a dimensão da pessoa, o que não afastaria uma “dimensão transindividual”. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Comentário ao artigo 6º”, op. cit., p. 1020.

446 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 323.

447 Destaca Jorge Reis Novais a invocação de um direito a um mínimo de existência que estaria fundado no princípio da dignidade da pessoa humana. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Federativa portuguesa*, op. cit., p. 64.

a limitações a direitos fundamentais”<sup>448</sup>.

Assim, reconhecer que o indivíduo tem direito a “uma garantia social mínima”<sup>449</sup>, a um “mínimo existencial”<sup>450</sup>, a um “núcleo básico de direitos sociais”<sup>451</sup>, ou mesmo sustentar que a norma tem um “conteúdo essencial”<sup>452</sup> ou um “núcleo essencial”<sup>453</sup>, não deixa de ser uma garantia aberta e indeterminada, muitas vezes utilizada como retórica argumentativa que somente será efetivada no confronto do caso concreto com a própria dignidade da pessoa humana<sup>454</sup>.

Nestas condições, sabendo-se que a tutela judicial das normas de direitos sociais é exercida, em geral, sob a perspectiva do caso concreto, é imprescindível que o julgador avalie a pretensão à luz do princípio da dignidade da pessoa humana, não sendo suficiente o uso retórico das expressões acima declinadas como fundamento para a concessão ou afastamento da pretensão levada a julgamento<sup>455</sup>.

---

448 Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 564.

449 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais...”, op. cit., p. 884.

450 Por ocasião do julgamento do ARE 745745, no ano de 2014, o Supremo Tribunal Federal do Brasil, reiterando posição já adotada em outros julgados da própria Corte, nomeadamente a ADPF nº 45-MC, entendeu que a reserva do possível não seria aplicável sempre que sua invocação fosse capaz de comprometer o núcleo básico que qualifica o “mínimo existencial”. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br). Na discussão acerca da “eficacialidade dos direitos fundamentais prestacionais”, mormente no “exemplo mais cadente” que é o direito à saúde, Lênio Streck chama a atenção para a necessidade de se garantir um “mínimo existencial”. Cf. LÊNIO LUIZ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, op. cit., p. 184.

451 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 518.

452 Ao tratar do conceito de “conteúdo essencial”, Jorge Pereira da Silva reconhece sua natureza “multifuncional”, pois encontraria espaço de aplicação “nas diferentes vertentes dos direitos fundamentais”. Assim, seria uma barreira contra as restrições legais na dimensão de defesa dos direitos, bem como a garantia de um conteúdo mínimo na prestação dos direitos sociais. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, “Interdição de proteção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, pp. 185/210, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 202.

453 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Comentário ao artigo 6º”, op. cit., pp. 1021/1022.

454 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais...”, op. cit., p. 885.

455 Na perspectiva da atuação da jurisdição constitucional, Lênio Streck reconhece que o conteúdo do “mínimo existencial” estaria indissociado do princípio da dignidade da pessoa humana. Cf. LÊNIO LUIZ STRECK, *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*, op. cit., pp. 188/189.

Por tal razão, para o alcance da definição da garantia mínima a ser prestada em favor do indivíduo, há de se enfrentar questões ligadas ao conteúdo da dignidade da pessoa humana e sua concretização através dos direitos sociais. Seria o direito social pretendido imprescindível para a preservação da existência do indivíduo ou para sua digna existência? Esta é uma das questões que precisa ser ultrapassada pelo julgador no confronto da pretensão com o princípio em causa, sob pena de o recurso à dignidade está envolto a uma extensão do próprio direito reivindicado.

Como se observa, a reflexão acerca da violação da dignidade da pessoa humana será sempre oportuna na apreciação judicial dos direitos sociais, na medida em que permitirá a identificação dos bens e valores a serem adequadamente protegidos. Esta tarefa, focada na igual dignidade de todos, evita, inclusive, que a norma de direito social seja reivindicada para garantir posições irrelevantes que coloquem em risco a proteção necessária que é conferida a todos<sup>456</sup>.

É claro que a norma de direito social não tem sua concretização vinculada à violação à dignidade da pessoa humana, já que a positivação normativa do direito deve conduzir as tarefas estatais na busca pela efetivação da norma. Contudo, na perspectiva da aplicação da norma através da tutela judicial, sobretudo sob a esfera de proteção da dignidade da pessoa humana, o julgador depara-se com a tarefa de discernir o inarredável dever do Estado, mesmo diante das restrições financeiras que podem sacrificar outros valores, a fim de preservar um padrão mínimo da condição de vida humana<sup>457</sup>.

---

456 Apontando a ideia de “igual dignidade” como resultado da interação entre a igualdade e a dignidade de todas as pessoas, Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, *op. cit.*, p. 570/571.

457 Para Jorge Miranda, o indivíduo “não pode ser desinserido das condições de vida que usufrui; e, na nossa época, anseia-se pela sua constante melhoria e, em caso de desníveis e disfunções, pela sua transformação”. Cf. JORGE MIRANDA, “A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil”, *op. cit.*, p. 519. Segundo Paulo Otero, no Estado regido pelos direitos humanos a dignidade da pessoa humana não estará satisfeita com o “mínimo de garantia ou de proteção”, exigindo-se sempre “o máximo jurídico e financeiramente possível”. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, *op. cit.*, p. 574.

Desta forma, ainda que a tutela judicial demande outros parâmetros para o alcance da concretização das normas de direitos sociais, revela-se da dignidade da pessoa humana como o mais sublime princípio para, com segurança jurídico-constitucional, discernir o verdadeiro alcance daquilo que se revela indispensável para a existência digna do indivíduo

458

### 3. Princípio da isonomia: os direitos sociais em favor de todos!

Um outro dilema bastante desafiador na compreensão dos direitos fundamentais traduz-se na concepção do igual tratamento que deve ser garantido a todos os indivíduos, ainda que as posições de privilégio que são conferidas pela Constituição possam estabelecer, em princípio, uma plena garantia de liberdade ou de atuação do Estado em favor de um único indivíduo<sup>459</sup>.

Neste complexo sistema de garantias plenas e interesses individuais múltiplos, variados e, muitas vezes, contrapostos, é inevitável a necessidade de atuação do Estado com o propósito de equacionar os interesses, proporcionando, assim, igualdade de tratamento. Esta tarefa, aliás, é extremamente relevante na apreciação dos direitos fundamentais, seja na análise dos direitos de liberdade, seja na tutela judicial dos direitos sociais.

---

458 Ao partir da concepção segundo a qual a dignidade da pessoa humana assume “vestes de elemento basilar”, apresentando-se como fundamento de toda ordem constitucional, inclusive de direitos fundamentais, José de Melo Alexandrino reconhece que o princípio em causa tem sido invocado no “apoio à abertura a novas normas jusfundamentais e novos direitos fundamentais”, dentre os quais “o direito fundamental ao mínimo de existência condigna”. Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias...*, op. cit., pp. 570/571.

459 Abordando o tema sob a perspectiva de uma “metódica de controlo do princípio da igualdade”, Gomes Canotilho reconhece a dificuldade da tarefa de alcançar um “tratamento justo” no domínio da igualdade. Para tanto, propõe como apoio a delimitação das “situações de facto” e dos “critérios ou medidas materiais”, as quais devem ser aferidas com base “nas normas e princípios constitucionais. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., pp. 1295/1296.

Com efeito, em breve cotejo no âmbito dos clássicos direitos fundamentais, vê-se que, apesar de o alvo ser a liberdade em sentido amplo, esta garantia decorre da concepção de igualdade de tratamento que é previamente conferida pelo Estado não em função das características pessoais do indivíduo, mas simplesmente pelo fato de ser pessoa, independente de ela figurar como detentora desta ou daquela característica. Qualquer um que se encontrar naquela posição, com as mesmas circunstâncias e condições, deverá desfrutar dos mesmos direitos e garantias, merecendo igual tratamento pelo Estado. Não será concebível, assim, diferenciação para casos semelhantes<sup>460</sup>.

No campo dos direitos sociais não é diferente, ainda mais por serem estas posições, como visto no item 3.2, do Capítulo II, do Título I, uma concretização da própria igualdade fática necessária para o exercício pleno de todas as potencialidades do indivíduo, inclusive a liberdade assegurada pelo Estado<sup>461</sup>. Como destaca Perez Luño, numa abordagem da Constituição espanhola, os direitos sociais se destinam ao alcance da igualdade e da solidariedade, a fim de que se concretizem a liberdade e a dignidade da pessoa humana<sup>462</sup>.

Sendo os direitos sociais, portanto, uma concretização do princípio da igualdade, atuando o Estado como responsável pela elevação do nível de existência humana de todos, é imperioso reconhecer que a tutela judicial dos direitos sociais deve considerar seriamente o alcance da igualdade como parâmetro de efetivação das respectivas normas, sob pena de a busca pela efetivação da norma acarretar um desrespeito ao princípio constitucional em questão<sup>463</sup>.

---

460 Em oportuna explanação sobre a igualdade, Jorge Miranda afirma que este princípio constitucional “não diz, ele próprio, o que é igual, apenas determina que o que é igual seja tratado igualmente, pelo que o que não é igual deva ser também tratado de forma desigual”. Assim, por não estabelecer um sentido absoluto, acrescenta o autor que a igualdade demandaria uma “integração numa perspectiva histórica e relacional”. Cf. JORGE MIRANDA, “Sobre o Princípio da Igualdade”, *op. cit.*, p. 433.

461 Como destaca Susana Videira, o pensamento de Condorcet já pontuava que “da igualdade derivam e à igualdade retornam todos os direitos naturais, como a liberdade e a segurança”. Cf. SUSANA ANTAS VIDEIRA, *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX...*, *op. cit.*, p. 229.

462 Cf. ANTONIO-ENRIQUE PEREZ LUÑO, *op. cit.*, p. 183.

463 Na busca por firmar uma metodologia adequada, a seguir um “modelo argumentativo”, J.J. Gomes Canotilho traça questionamentos para as hipóteses de “desigualdade de tratamento” e “igualdade de tratamento”. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, pp. 1296/1297.

Numa análise que interessa aos limites deste trabalho, sobretudo no campo da tutela judicial dos direitos sociais, pode-se considerar que esta constatação tem duas dimensões, as quais estão interligadas. Primeiro, o princípio da igualdade como parâmetro constitucional deve orientar a tutela judicial na efetivação da norma de direito social como garantia da isonomia e, a partir de então, como mecanismo de alcance das posições postas à disposição do indivíduo, como a própria liberdade. Reside nesta dimensão a perspectiva clássica da igualdade como fundamento dos direitos sociais, já que estes foram concebidos como forma de suprir uma carência material que impedia o indivíduo de desfrutar das promessas do então Estado Liberal de garantir a liberdade, a segurança e a propriedade.

Assim, estando o indivíduo em completa desvantagem existencial, carente dos mais elementares bens de acesso à existência digna, o princípio da igualdade reclama a ação do Estado com o propósito de prestar o direito social necessário, a fim de superar uma barreira intransponível que até então impedia o indivíduo de alcançar uma condição de igualdade fática<sup>464</sup>.

Como dito, esta é a dimensão clássica do princípio da igualdade na abordagem dos direitos sociais, cuja incidência exige uma elevação da condição individual que posicione o indivíduo numa situação de igual oportunidade com a generalidade das pessoas. É a perspectiva que se estabelece com o propósito de conceder o direito com vistas a alcançar a igualdade, o que poderia ser chamado de concepção positiva da igualdade, já que a proteção da isonomia dependeria de um “fazer” estatal para ser alcançada.

Ocorre, porém, que a tutela judicial, frente ao princípio da isonomia, tem de reconhecer que este parâmetro de sindicabilidade dos direitos sociais impõe limites para o resguardo da relação de igual tratamento, em especial por conta das restrições orçamentárias do Estado que, em maior ou menor medida, são incapazes de conceder à generalidade das pessoas a concretização da integralidade dos direitos sociais em sua maior dimensão possível

<sup>465</sup>.

---

464 Aponta Catarina Santos Botelho que o princípio da igualdade está envolto na própria ideia de “igual dignidade do ser humano”, razão pela qual “perpassa toda a ordem jurídica, numa ligação intrínseca com o Estado de Direito democrático”. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 111.

465 Sobre os riscos de violação do princípio da igualdade na concretização dos direitos sociais, cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 463.



Esta limitação desafia o reconhecimento da segunda dimensão do princípio da igualdade, que para efeitos didáticos poderia ser concebida numa perspectiva negativa do termo. É que, se para o alcance da dimensão positiva a tutela judicial é orientada pela necessidade de efetivação da norma como forma de alcance da igualdade, a vertente negativa atua de forma inversa. Assim, sob esta ótica, não caberia a prestação estatal do “direito” exigido pelo indivíduo exatamente para evitar que a igualdade de condições não seja violada.

Embora esta dimensão não pareça simpática do ponto de vista dos sentimentos e daquilo que recorrentemente se espera da ação do Estado, a análise séria dos direitos significa, como pontuou Stephen Holmes & Cass R. Sunstein, levar em consideração seriamente a escassez dos recursos<sup>466</sup>. Assim, não sendo possível conceder o mesmo direito social à generalidade das pessoas que dele também necessitam, é de se considerar que a efetivação deste direito através da tutela judicial em favor de um indivíduo apenas estaria a desafiar os limites do princípio da igualdade.

Neste segundo ponto, o desafio não é uma questão, como na dimensão positiva, de conceder para alcançar um padrão de igualdade. Ao contrário, a isonomia como parâmetro também impede, nesta segunda forma de concebê-la, que a efetivação da norma de direito social pela tutela judicial represente uma quebra na igualdade de oportunidades garantida aos indivíduos.

Aqui o problema não é de inadequação da tutela judicial no campo dos direitos sociais<sup>467</sup>. Em verdade, o desafio neste ponto é compreender que a análise jurídica da questão tem de caminhar em sintonia com a estrutura normativa concebida pela Constituição, consistindo a isonomia num princípio estruturante que deve orientar a apreciação destes direitos. Não é, portanto, a legitimidade e competência da Justiça Constitucional na sindicabilidade dos direitos que está em questão, mas sim princípios constitucionais que

---

466 Cf. STEPHEN HOLMES & CASS R. SUNSTEIN, *op. cit.*, p. 94.

467 Registre-se a posição de Jorge Reis Novais, para quem a “judiciabilidade dos deveres estatais de realização dos direitos sociais” dependeria de uma conformação prévia pelo Legislador, sob pena de uma atuação ilegítima dos Tribunais na definição de dotações orçamentárias. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, p. 295. Numa análise do cenário brasileiro, sobretudo no campo da tutela judicial do direito social à saúde, Carlos Blanco de Moraes enxerga que o Judiciário teria assumido “funções administrativas na gestão do medicamento”. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 595.

precisam ser respeitados na tutela destes direitos<sup>468</sup>.

Desta forma, por força do princípio da isonomia, a tutela judicial dos direitos sociais deverá discernir se, de fato, frente às demais pessoas, há uma situação de insuficiência pessoal a reclamar e justificar a prestação estatal em favor do indivíduo. Isto decorre do próprio propósito de suprir uma carência individual imprescindível para a elevação da condição da pessoa, permitindo-lhe desfrutar das mesmas oportunidades que são colocadas à disposição dos demais indivíduos. Caso contrário, ou seja, na hipótese de a concretização daquela norma for a causa de um desnivelamento da condição social, na medida em que o bem pretendido pelo indivíduo acaba por exaurir a possibilidade de atender o interesse dos demais, criando uma relação desigual, eventual efetivação do direito estará em desacordo com o princípio da igualdade<sup>469</sup>.

Ao se analisar os reflexos do princípio em causa na aplicação das normas de direitos sociais sob esta perspectiva, vê-se que a atuação da tutela judicial nesta matéria deve preservar o respeito à isonomia. Para esta finalidade, o princípio igualdade tanto pode justificar a efetivação da norma em favor do indivíduo que necessita do direito social como forma de superar uma relação de inferioridade extrema, quanto deve impedir que “as forças” do Estado sejam canalizadas em favor de um só beneficiário, afetando todo o suporte financeiro que alcançaria a generalidade das pessoas que apresentassem a mesma demanda em condições semelhantes.

Ao tempo em que o princípio da isonomia exige uma ação do Estado com vistas à concessão de um direito para que o indivíduo goze de uma igualdade fática, também é de se considerar que a igualdade atua impedindo que a tutela judicial imponha ao Estado uma atuação exclusiva em favor de um único indivíduo. Esta limitação, justificada pelo princípio da igualdade, decorre do risco de atenção em favor de “um” comprometer a disponibilidade orçamentária estatal ao ponto de privar as demais pessoas de uma concessão de direito social

---

468 Destaca Gilmar Ferreira Mendes que, embora não caiba ao Judiciário a formulação de políticas públicas dos direitos sociais e econômicos, é atribuição da tutela judicial discernir se atos do governo “atendem aos ditames constitucionais do acesso universal e igualitário”. Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 667.

469 Sobre eventuais problemas de igualdade no exercício da função jurisdicional, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 442. Numa abordagem dos riscos de as demandas judiciais individuais prejudicarem políticas públicas sociais, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 33.

que também se apresenta imprescindível.

Estas reflexões acerca dos limites da isonomia na efetivação dos direitos sociais, seja como fundamento para concessão, seja como justificativa para sua restrição, mostram-se oportunas na medida em que a discussão acerca da tutela judicial dos direitos sociais, sobretudo no campo das ações individuais, suscita, como sustenta Carlos Blanco de Moraes, riscos de as demandas comprometerem o próprio princípio da igualdade<sup>470</sup>.

Inobstante isto, a definição dos parâmetros impostos pelo princípio da igualdade revela que a condução da tutela judicial sob esta perspectiva atua como fator garantidor da isonomia, haja vista que a apreciação do caso concreto poderá proporcionar tanto a concessão quanto a negação do direito social pretendido, tudo a depender da resposta juridicamente adequada para a preservação da igualdade de tratamento.

Nesta perspectiva, ao seguir a orientação fixada pelos parâmetros do princípio da igualdade, a tutela judicial no campo da efetivação das normas de direitos sociais, embora, na maioria dos casos, desenvolva sua atuação em face de pretensões individuais, não deve ser interpretada como um desafio à preservação da igualdade. Ao contrário, ao apreciar as demandas nesta seara seguindo os parâmetros necessários, a tutela judicial revela-se como um poderoso instrumento na garantia do próprio princípio, permitindo que situações de absoluto desequilíbrio isonômico sejam reparadas.

Ademais, a garantia de acesso à justiça, sobretudo na proteção dos direitos fundamentais, revela-se como uma das características mais evidentes do Estado de Direito Democrático, não podendo haver limitação material, *ab initio*, das matérias a serem levadas à apreciação judicial.

Por fim, ainda neste campo do confronto da tutela judicial dos direitos sociais e os parâmetros estabelecidos pelo princípio da igualdade, deve-se considerar que as razões já apresentadas acerca da igualdade como fundamento dos direitos sociais impõem uma terceira reflexão por ocasião da tutela judicial destes direitos. Trata-se, como não poderia deixar de ser, da avaliação da situação pessoal do indivíduo.

---

470 Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 601.

Agora, a questão não é simplesmente a análise do caso concreto na perspectiva da necessidade do indivíduo, da disponibilidade do Estado e a preservação da igualdade. A reflexão, neste último ponto, desenvolve-se para além das questões aparentes do princípio da igualdade, relacionando-se, em verdade, com a própria natureza dos direitos sociais como fundamentais.

Como restou apresentado no item 3.1, do Capítulo IV, do Título I, a prestação dos direitos sociais pelo Estado pressupõe a oferta de bens que o indivíduo não alcançaria sem o auxílio de terceiro. Foi assim na sua concepção no século XIX, na medida em que a falta de saúde, educação, moradia e trabalho impunha uma vida totalmente desfavorável ao indivíduo, impedindo-o de alcançar a plenitude de suas potencialidades.

Com efeito, ao partir desta premissa, percebe-se que a tutela judicial na efetivação dos direitos sociais, para além das prestações definidas em políticas públicas como de acesso a todos<sup>471</sup>, somente se estabelece quando houver necessidade de uma prestação individual como forma de elevar a condição do indivíduo para preservar o princípio da igualdade. Por tal razão, esta prestação – direta e pontual – somente se justifica quando o indivíduo não for capaz de suprir às suas próprias expensas o bem reivindicado, porquanto, como esclarece Jorge Miranda, quem pode custear suas necessidades não pode esperar pelo Estado, devendo arcar com suas pretensões<sup>472</sup>.

Embora uma primeira análise, mais superficial, pudesse transparecer que ao Estado caberia suprir os direitos sociais demandados por todos, deve-se considerar que o propósito deste ramo dos direitos fundamentais é a preservação da igualdade de oportunidades, elevando a condição humana. Assim, a oferta do mesmo bem a pessoas com situação financeira absolutamente diversa gera efeitos completamente distintos, alterando o

---

471 No que tange às prestações já definidas em políticas públicas, a tutela judicial destes direitos sociais já previstas em Lei fundamenta-se na própria obrigatoriedade da lei em questão, deslocando-se o centro da discussão, já que não se está a discutir a efetividade da norma constitucional de direito sociais, mas sim a inobservância da lei através da qual o Estado se obrigou a garantir aquela prestação. Sobre este assunto, Gilmar Ferreira Mendes, ao analisar decisão Supremo Tribunal Federal do Brasil nas STA 178 e 175, reconhece que a tutela judicial de prestações de saúde já incluídas entre as políticas públicas formuladas pelo Sistema Único de Saúde não representaria criação de política pública pelo Judiciário. Para o Ministro do STF, a atuação judicial em casos como este apenas representaria o cumprimento da política já adotada, a qual teria gerado um direito subjetivo em favor do indivíduo. Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*, 1ª ed., 2ª tiragem, São Paulo, Saraiva, 2011, p. 73.

472 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 579.

alvo concebido e a forma de encarar o princípio da isonomia.

Com efeito, tendo os direitos sociais a clara pretensão de suprir uma demanda indispensável do indivíduo, a existência de disponibilidade financeira por parte daquele que necessita do bem afasta completamente esta relação de dependência do indivíduo para com o suprimento estatal. Nestas circunstâncias, sendo possível ao próprio indivíduo custear suas necessidades, a concessão do direito social reivindicado não alcançaria o fim para o qual foi concebido, apenas gerando uma vantagem financeira àquele que não mais precisou arcar com os custos de suas necessidades.

Ao aceitar tal providência, o alvo da ação estatal não mais seria o alcance da igualdade, mas sim um resultado de conotação estritamente financeira em benefício do indivíduo. Não bastasse esta vantagem individual representar um desvirtuamento das funções do Estado na efetivação dos direitos sociais, há de se compreender que a alocação de recursos financeiros estatais em favor daqueles que não necessitam importa, inevitavelmente, numa desvantagem orçamentária para o Estado. Esta situação acaba por prejudicar o suprimento das necessidades daqueles que realmente estão a depender de uma providência estatal para o alcance de uma situação de igualdade<sup>473</sup>.

Em outro plano, bem diverso, encontra-se o indivíduo que definitivamente não pode arcar com suas necessidades vitais. Aqui, a efetividade da norma de direito social, respeitados os demais parâmetros de controle, atua na viabilidade de acesso do indivíduo a um bem que, embora indispensável, não era possível de ser alcançado pelo próprio interessado. É para esta finalidade que a garantia dos direitos sociais se justifica, ou seja, para a elevação da condição humana.

Desta forma, ao encarar o princípio da igualdade como parâmetro de controle da efetividade das normas de direitos sociais, a tutela judicial deve discernir estas duas situações distintas: de um lado, aqueles que realmente não podem custear o bem indispensável, para os quais a concretização da norma representa um melhoramento da condição com vistas ao alcance de uma relação de igual oportunidade para todos; do outro, os

---

473 Nesta perspectiva, Carlos Blanco de Moraes tece oportuna consideração, advertindo que o esgotamento dos recursos públicos para o atendimento das necessidades daqueles que podem arcar com os custos acaba por prejudicar o acesso dos “mais necessitados” aos bens indispensáveis, expondo-se o princípio da igualdade. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 601.

que podem arcar com os custos do bem pretendido, para os quais a efetivação da norma pela tutela judicial representaria uma simples vantagem financeira, desvirtuando a lógica e o fundamento dos direitos sociais<sup>474</sup>.

#### 4. Princípio da proteção da confiança

Ainda que não conste expressamente no Texto Constitucional nas variadas Constituições, como é o caso da brasileira, da portuguesa e da alemã, o princípio da proteção da confiança tem ganhado cada vez mais força normativa no moderno constitucionalismo, consistindo, como ressalta Jorge Reis Novais, no “lado subjetivo do princípio mais geral da segurança jurídica” que fundamenta o próprio Estado de Direito Democrático<sup>475</sup>.

Neste particular, se por um lado o princípio da segurança jurídica assenta-se como verdadeiro fundamento objetivo dos fins do Estado<sup>476</sup>, ou, na compreensão de Gustav Radbruch, “um dos valores que todo o direito deve servir”<sup>477</sup>, o princípio da proteção da confiança alcança uma dimensão mais subjetiva<sup>478</sup>, caracterizando-se pela compreensão do indivíduo quanto às ações do próprio Estado<sup>479</sup>.

---

474 Ao se referir ao levantamento feito acerca das demandas judiciais individuais ajuizadas com a finalidade de condenar o Estado a prestar o fornecimento de medicamentos, Gilmar Ferreira Mendes reconhece que, em geral, os beneficiados pela intervenção do Judiciário nesta seara “são os que possuem melhores condições socioeconômicas e acesso à informação”. Cf. GILMAR FERREIRA MENDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 668/669.

475 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 262. No mesmo sentido, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional*, Tomo IV, op. cit., p. 367.

476 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 257. Indo às raízes do Estado moderno, Carlos Blanco de Moraes sustenta que a segurança jurídica revelou-se, ao lado da liberdade e da propriedade, um relevante fundamento do Constitucionalismo liberal, sendo “um dos pilares do Estado de direito nascente”. Esta característica se opunha à imprevisibilidade e à ausência de regras do Estado absoluto. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 479.

477 Cf. GUSTAV RADBRUCH, op. cit., p. 417.

478 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 257. No mesmo sentido, cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 482.

479 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 263.

Embora, como lembra Gomes Canotilho, os dois princípios em causa andem “estritamente associados”, é exatamente esta especificidade que distingue e confere autonomia ao princípio da proteção da confiança<sup>480</sup>. De qualquer sorte, os dilemas na compreensão do instituto e sua respectiva abordagem no campo das normas de direitos sociais se avolumam, tornando, muitas vezes, pouco clara a incidência e atuação do princípio no exercício da tutela judicial da matéria.

Inobstante tais desafios, a conformação do princípio da proteção da confiança permite o alcance de parâmetros na efetivação das normas de direitos sociais, seja em tempo de abundância financeira, seja em época de escassez de recursos, na medida em que proporciona mecanismos válidos na avaliação da relação entre as expectativas legítimas do indivíduo e as ações necessárias a serem efetivadas pelo Estado.

Não por acaso, a tutela judicial das normas de direitos sociais deve seguir estes parâmetros traçados pelo princípio da proteção da confiança, sobretudo quanto à “calculabilidade e previsibilidade dos indivíduos” em relação aos efeitos dos atos do poder público<sup>481</sup>, a fim de que sejam equacionadas as expectativas do indivíduo no plano real de atuação do Estado. Para tanto, oportuno será o enquadramento do princípio tanto na perspectiva daquilo que se espera seja realizado pela atuação estatal, quanto na dimensão da postura que não se aceita seja alterada pelo próprio Estado.

#### **4.1. As expectativas constitucionais e a conformação do princípio da proteção da confiança**

Ao se analisar a natureza dos direitos sociais (vide Título I, Capítulo II, “2”), concluiu-se que estas normas integram direitos fundamentais ao lado dos clássicos direitos de liberdade<sup>482</sup>. Esta compreensão foi alcançada tanto pela origem dos direitos sociais, os quais também atuam na concretização da dignidade da pessoa humana, como também pela própria

---

480 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 257.

481 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 257.

482 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 122.

previsão constitucional no mesmo sentido.

De qualquer sorte, os dilemas acerca da aplicação das normas de direitos sociais são recorrentes, cabendo, no campo específico da tutela judicial destes direitos o discernimento específico acerca do que realmente pode ser legitimamente exigido do Estado, haja vista a necessidade de equacionamento entre as infinitas expectativas do indivíduo e a intransponível limitação orçamentária do Estado.

Se, por um lado, é certo que o Estado não pode se furtar de cumprir suas obrigações constitucionais, garantindo efetivação às normas de direitos fundamentais, também é fato que as limitações orçamentárias do Estado impõem uma barreira que impede a atuação estatal na concessão de todas as expectativas e desejos do indivíduo. Para auxiliar esta desafiante tarefa, o princípio da proteção da confiança confere recursos interpretativos capazes de firmar parâmetros nesta atividade, exigindo, como ressalta Gomes Canotilho, “fiabilidade, clareza, racionalidade e transparência dos atos do poder”<sup>483</sup>.

Neste sentido, ao conceber a positivação dos direitos sociais, sobretudo a nível constitucional, é absolutamente razoável aceitar que o Estado está assumindo o dever de efetivar as respectivas normas, em especial no campo específico da proteção dos direitos fundamentais. Esta consequência natural da existência e validade da norma gera legítima expectativa em favor do indivíduo, justificando, num primeiro momento, a dimensão subjetiva que lhe foi conferida.

Tratando-se, portanto, de uma garantia fundamental, não parece razoável conceber os direitos sociais como simples normas programáticas, as quais seriam capazes apenas de conferir rumos e padrões interpretativos para os fins do Estado, restringindo qualquer projeção individual à efetivação dos respectivos direitos. Como normas de natureza jusfundamental, são os direitos sociais de aplicação plena, muito embora possam ser restringidos em face da força normativa que se projeta pelas demais normas em sentido contrário, conforme já demonstrado no Capítulo II, do Título II.

---

483 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 257.



Desta forma, ao reconhecer que em Estado de Direito a previsão normativa deve garantir segurança jurídica, admite-se sem maiores dificuldades que dos atos estatais sobressaem legitimamente as expectativas do indivíduo<sup>484</sup>, postura esta que é comum nas mais diversas garantias dos direitos fundamentais, sendo esta dimensão o alvo a ser amparado pelo princípio da proteção da confiança.

Esta vertente do princípio da confiança parece simples e, de forma mais exaustiva, é comumente pensada no plano das obrigações do legislador ordinário, o qual deve desempenhar suas funções em estreita vinculação à prossecução do interesse público<sup>485</sup>. De qualquer sorte, no plano da tutela judicial dos direitos sociais, a incidência do princípio é semelhante, ainda que o confronto entre a efetivação da norma e a demanda posta em juízo traduza, em geral, uma pretensão individual que necessita de ponderações mais específicas<sup>486</sup>.

Nestas condições, a tutela judicial dos direitos sociais na perspectiva da proteção da confiança direciona-se pela identificação daquilo que, do cotejo da previsão normativa, poderia ser legitimamente aguardado pelo indivíduo, revelando a omissão do Estado uma contrariedade injustificada às expectativas naturais quanto à efetivação da norma de direito social.

Com efeito, nesta dimensão do princípio da proteção da confiança o foco da análise não é simplesmente o reconhecimento de existência da norma positivada. Em verdade, esta é uma etapa inicial que, num segundo plano, projeta no indivíduo uma pretensão de efetivação do direito, o qual, por circunstâncias diversas, não foi efetivado. É exatamente esta falta de efetivação que desafia a análise do princípio da proteção da confiança, na medida em que o Estado teria de justificar as razões do não cumprimento da norma que, em princípio, conferiu legítima expectativa ao indivíduo.

---

484 Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 482.

485 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 263.

486 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 264.

Com efeito, não sendo as normas constitucionais promessas lançadas ao vento, as expectativas do indivíduo quanto à efetivação das normas são, em princípio, legítimas, exigindo-se do Estado razões sólidas que sejam capazes de justificar a omissão estatal quanto à efetivação dos correspondentes direitos. Assim, ao recorrer ao princípio da proteção da confiança, a tutela judicial no campo dos direitos sociais age, portanto, no exercício deste juízo ponderativo acerca da previsão da norma que desperta as expectativas individuais e as razões da não efetivação do direito por parte do Estado<sup>487</sup>.

#### **4.2. O princípio da proteção da confiança e as restrições dos direitos sociais**

Para além da vertente disposta no item anterior, um outro ponto revela-se relevante na tutela judicial dos direitos sociais sob o prisma do princípio da proteção da confiança. Trata-se, agora, como antecipado, da conformação das ações futuras do Estado que reduzem, restringem ou encerram direitos sociais já efetivados e prestados pelo Estado. Afinal, sob quais parâmetros a tutela judicial confrontaria estas medidas estatais que frustram as expectativas já vividas pelo indivíduo?

Neste caso, diversamente da situação analisada no tópico anterior, a relação entre o indivíduo e o Estado difere tanto pelo comportamento do Estado quanto pela projeção da expectativa do indivíduo. Assim, enquanto na primeira análise a proteção da confiança justifica-se pela existência da norma que projeta uma expectativa de efetivação no indivíduo, embora ainda não satisfeita pelo Estado, nesta segunda hipótese a norma de direito social já está sendo efetivada. Neste cenário, o indivíduo está a desfrutar de prestações ofertadas pelo Estado, o qual passa a agir na redução, restrição ou encerramento dos direitos sociais.

Como dito, neste novo cenário a situação tanto difere em relação à postura do Estado, quanto no tocante à expectativa do indivíduo. Agora, o princípio da confiança já não se refere à expectativa de um agir do Estado na efetivação de um direito garantido ainda não satisfeito. Em verdade, a incidência do princípio caracteriza-se pela frustração do indivíduo que se depara com um comportamento estatal causador de uma alteração inesperada, que

---

487 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 367.

restringe ou encerra a efetivação da norma de direito social<sup>488</sup>.

Trata-se - talvez de forma ainda mais nítida - da proteção da confiança como dimensão subjetiva da segurança jurídica que deve resguardar o indivíduo das ações do Estado, afinal as expectativas legitimamente lançadas nas ações estatais que efetivam os direitos sociais não podem, injustificadamente, ser alteradas de forma inesperada. Este, portanto, o objeto de apreciação da tutela judicial quanto aos atos que alteram a efetivação dos direitos sociais.

Nesta nova empreitada, os desafios podem se revestir de maior objetividade, na medida em que há parâmetros da própria efetivação anterior da norma que permitem maior conhecimento da forma, custos e alcance dos direitos. Nestas circunstâncias, a discussão difere sensivelmente da dimensão anterior do princípio da proteção da confiança, pois a norma já estava sendo efetivada, havendo um conjunto normativo conformador que se traduzia nas ações estatais. De qualquer sorte, caberá ao julgador analisar se os fundamentos da restrição imposta pelo Estado são justificáveis a ponto de superar a previsibilidade da sólida confiança do indivíduo na providência estatal<sup>489</sup>.

Como se observa, a questão não é reconhecer uma espécie de imutabilidade das ações estatais já desempenhadas no campo da efetivação dos direitos sociais. Em verdade, a própria compreensão da natureza dos direitos, ainda que de caráter jusfundamental, impõe a possibilidade de restrição quando em conflito com normas de igual ou superior peso. Contudo, o que não pode ocorrer, como adverte Catarina Santos Botelho, é transformar a “proteção da confiança em (des) confiança, havendo necessidade de equilíbrio nas decisões adotadas<sup>490</sup>.

---

488 Destacando a lógica de preservação do *status quo* que acaba por ser comum aos princípios da confiança e da segurança jurídica, cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 450.

489 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 366. Ainda sobre o controle dos atos e a justificação das restrições, Carlos Blanco de Moraes entende que a existência de dúvidas acerca do “maior peso” do interesse público sobre as expectativas sacrificadas implica numa atenuação da intensidade do controle, prevalecendo, assim, a “vontade democrática do legislador”. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 487.

490 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, op. cit., p. 451.

Desta forma, precisamente na abordagem do princípio da confiança diante das alterações na proteção dos direitos sociais ofertados, o desafio na tutela judicial consiste em identificar se as restrições impostas pelo Estado nas ações que já eram desenvolvidas são justificáveis. Isto pode ocorrer tanto pela impossibilidade financeira de dar continuidade ao programa, quanto pela adoção de novas políticas públicas com vistas a proporcionar melhoramentos ainda mais significativos<sup>491</sup>.

Em qualquer dos casos, a superação da previsibilidade da confiança do indivíduo reclamará do Estado a adoção de ações transparentes, públicas, coerentes e racionais, a fim de que as alterações estabelecidas não frustem o direito de o indivíduo depositar sua confiança nas ações estatais<sup>492</sup>.

#### **4.3. A (in) consistência do “princípio” do não retrocesso social**

A análise dos direitos sociais, sobretudo na sensível abordagem de suas restrições<sup>493</sup>, tem despertado a comunidade jurídica para a difícil tarefa de sua conformação no ordenamento jurídico. Estes dilemas, já tão suscitados no curso do presente trabalho, desaguam em diversas linhas de pensamento, as quais são exaustivamente debatidas na tentativa de se alcançar um equacionamento do tema.

Neste ínterim, por sua larga difusão nas comunidades jurídicas germânica, portuguesa e brasileira<sup>494</sup>, merece registro e uma análise criteriosa aquilo que passou a ser

491 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa.*, op. cit., p. 267.

492 Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, op. cit., p. 257.

493 Acerca das diversas designações traçadas para “restrições”, “limites”, “condicionamentos”, “limitações”, dentre outras nomenclaturas associadas à diminuição das faculdades contidas na norma de direitos fundamentais, oportunas as observações de José de Melo Alexandrino, para quem o Tribunal Constitucional português tem relativizado a distinção. Cf. JOSÉ DE MELO ALEXANDRINO, *A efetivação dos sistemas de direitos, liberdades e garantias...*, op. cit., pp. 631/637.

494 Embora reconheça que não existe um “consenso” a respeito da problemática, destaca Ingo Wolfgang Sarlet uma “postura amistosa relativamente ao reconhecimento de uma proibição do retrocesso social” no âmbito da doutrina e jurisprudência constitucional europeia, apontando como exemplo o cenário português, em especial nos ensinamentos de Gomes Canotilho, e a influência recebida da própria doutrina alemã. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A Eficácia dos Direitos Fundamentais...*, op. cit., pp. 458/459.

denominado de princípio do não retrocesso social ou da proibição de retrocesso social<sup>495</sup>, o qual consistiria, grosso modo, na impossibilidade de o Estado recuar, alterar ou cessar a efetivação das normas de direitos sociais já implementadas<sup>496</sup>.

É cediço que o instituto em causa foi pensado inicialmente na Alemanha<sup>497</sup>, sendo fortemente disseminado na doutrina portuguesa<sup>498</sup>, mas talvez tenha sido na comunidade jurídica brasileira<sup>499</sup> que, curiosamente, o citado princípio da impossibilidade do retrocesso social tenha alcançado maior espaço doutrinário e jurisprudencial, sendo, por diversas vezes, utilizado como fundamento nas decisões do Supremo Tribunal Federal<sup>500</sup>.

---

495 Segundo Gomes Canotilho, ainda em sua clássica obra de 1997, os direitos sociais e econômicos, após prestados em um determinado grau de realização, passariam a constituir “uma garantia institucional e um direito subjetivo”, o que limitaria a reversibilidade dos “direitos adquiridos”. Cf. J. J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 320. Na atualização de sua obra em 2003, Canotilho ainda sustenta a existência do princípio da impossibilidade do retrocesso social, associando-o, agora, à proteção de um “núcleo essencial já realizado”, em respeito à dignidade da pessoa humana. Cf. J.J. GOMES CANOTILHO, *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, *op. cit.*, p. 340. Já Tiago Fidalgo de Freitas, em amplo estudo do tema, aborda várias outras denominações do mesmo instituto, como: “não retorno da concretização, não reversibilidade, obrigação de não regressividade, proibição de evolução reacionária ou até proibição de contra-revolução social”. Cf. TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”, *op. cit.*, p. 784.

496 Cf. TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”, *op. cit.*, p. 783.

497 Ao buscar a origem do assim denominado “princípio da impossibilidade de retrocesso social, Jorge Reis Novais atribui sua criação como uma “invenção alemã”, algo que poderia ser aplicável em contextos jurídicos semelhantes ao germânico, nos quais os direitos sociais não fossem expressamente previstos na Constituição. Em situações diversas, como é o caso dos ordenamentos jurídicos brasileiro e português, nos quais os direitos sociais ganharam corpo e natureza de direito fundamental no próprio Texto Constitucional, ressalta Reis Novais que a discussão acerca da pretensa existência de um princípio do não retrocesso social seria “totalmente improdutiva, redundante e obscurecedora”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 261.

498 Ao abordar as diversas posições e argumentos lançados por juristas portugueses, Jorge Miranda reafirma que o problema do retrocesso social tem “concentrado a atenção da doutrina portuguesa”, apontando para a abordagem de Gomes Canotilho e Vital Moreira no início dos anos 90. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, *op. cit.*, p. 560. Ainda sobre as linhas que definiam a Constituição portuguesa, nomeadamente a concepção de uma Constituição dirigente que limitaria a conformação do legislador ordinário por influência do “princípio da proibição do retrocesso social”, cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais:...” , *op. cit.*, p. 667.

499 Para Ingo Wolfgang Sarlet, no campo de proteção dos direitos sociais no cenário brasileiro, tanto a doutrina quanto a jurisprudência tem reconhecido a vigência, “como garantia constitucional implícita”, do chamado princípio da vedação do retrocesso social. Esta proibição alcançaria futura legislação tendente a limitar a concretização já atribuída a determinado direito, equivalendo a uma violação do próprio Texto Constitucional. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Comentário ao artigo 6º”, *op. cit.* pp. 1020/1021.

500 Em decisão lançada no ARE 745745, relatado pelo Ministro Celso de Mello, o STF reiterou o entendimento já prevalecente do controle judicial na omissão dos poderes públicos, argumentando que a “fiscalização judicial” estaria justificada, dentre outros parâmetros, pela “proibição de retrocesso social”. Cf. STF, ARE 745745 AgR, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

Para aqueles que compreendem a existência de um princípio capaz de impedir o chamado retrocesso social, o Estado estaria proibido, por razões de inconstitucionalidade, de restringir o acesso do indivíduo às prestações já asseguradas pelo próprio Estado no campo dos direitos econômicos, sociais e culturais<sup>501</sup>. Seria, basicamente, a impossibilidade de o Estado deixar de garantir uma prestação que já era assegurada com fundamento na própria concretização progressiva dos direitos sociais<sup>502</sup>.

Ainda que, numa primeira vista, o conteúdo do instituto em análise possa parecer sensível aos interesses sociais, despertando, sobretudo no cenário brasileiro, uma espécie de “constitucionalização” do suposto princípio da impossibilidade do retrocesso social, é importante observar, como bem ponderou Tiago Fidalgo de Freitas, que ele “não tem qualquer sustentação enquanto princípio geral”<sup>503</sup>.

De qualquer forma, dada sua vasta disseminação nas últimas décadas, figurando, inclusive, como fundamento de decisões do Supremo Tribunal Federal do Brasil<sup>504</sup> no campo da concretização das normas de direitos sociais, faz-se oportuna a análise deste instituto com vistas a se alcançar uma compreensão técnica e constitucionalmente aceita da tutela judicial dos direitos sociais.

Para esta finalidade, importa observar, como ponto de partida, que as normas de direitos sociais, como qualquer outro direito de natureza fundamental, não tem caráter absoluto, podendo ser restringível diante de circunstâncias que apontem para a proteção de direito de terceiro, cuja garantia, no caso concreto, revele se tratar de maior intensidade<sup>505</sup>. Trata-se, como cediço, de um fenômeno que comumente desafia a tutela judicial, na medida em que são colocados conflitos envolvendo direitos de natureza jusfundamental, cujos

---

501 Cf. TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”, *op. cit.*, p. 811.

502 Ao reconhecer a proibição do retrocesso social como princípio orientador da hermenêutica dos direitos sociais, Flávia Piovesan ancora seu argumento no Pacto dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em especial “a obrigação dos Estados em reconhecer e progressivamente implementar os direitos nele enunciados, utilizando o máximo dos recursos disponíveis”. Cf. FLÁVIA PIOVESAN, “Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local”, *op. cit.*, p. 411.

503 Cf. TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”, *op. cit.*, p. 836.

504 Veja-se decisão do Supremo Tribunal Federal do Brasil no ARE 745745. Disponível em [www.stf.jus.br](http://www.stf.jus.br)

505 Embora ressalte as diferenças terminológicas que se verificam para com o ramo do Direito Privado, Jorge Miranda reconhece que os direitos fundamentais, como direitos em face do Estado, “são sempre direitos relativos”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional. Tomo IV*, *op. cit.*, p. 164.

titulares reivindicam suas respectivas posições de privilégio, mas que, no caso concreto, a solução importará na cedência de um direito em razão da intensidade da violação da outra garantia.

É o caso, por exemplo, das incontáveis demandas envolvendo a liberdade de expressão em face da garantia de privacidade e da proteção da honra. Nestas situações, invariavelmente as proteções individuais são sopesadas, prevalecendo perante à tutela judicial o direito fundamental que revele maior “peso” nas circunstâncias concretas daquele conflito.

Esta circunstância natural de todos os direitos, mesmo os de natureza fundamental, afasta por si só qualquer pretensão de considerar os direitos sociais como uma categoria de normas alçada a um patamar inatingível pelos reverses financeiros e outras questões próprias que podem afetar as políticas públicas destinadas à efetivação dos direitos sociais. Assim, sendo naturalmente restringíveis, ainda que dependente de justificativas legítimas, não parece defensável uma teoria que considere irreversível a atuação do Estado no campo da efetivação dos direitos<sup>506</sup>.

Não há, portanto, como sustentar dogmaticamente a existência de um suposto princípio que desconsidere a realidade fática, desafiando a ação estatal na efetivação contínua, progressiva e irreversível dos direitos sociais, como se esta atividade não fosse dependente de investimentos consideráveis do orçamento estatal, o qual, inevitavelmente, está sujeito a oscilações.

Dada esta incongruência dogmática do suposto princípio<sup>507</sup>, alguns autores, como Ingo Wolfgang Sarlet, tentam ancorá-lo em “princípios e argumentos de matriz jurídico-constitucional”<sup>508</sup>, nomeadamente os princípios do Estado Social de Direito, da segurança

---

506 De forma mais incisiva, Jorge Reis Novais pontua que a concepção do princípio da proibição do retrocesso social, enquanto vedação de redução das prestações de direitos sociais, “não tem, pura e simplesmente, nem arrimo positivo em qualquer ordem constitucional, nem sustentação dogmática, nem justificação ou apoio em quaisquer critérios de simples razoabilidade”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 259.

507 Segundo Rui Medeiros, o princípio de proibição do retrocesso não resistiu às objeções que lhe foram formuladas, caindo, portanto, em desuso. Não deixa o autor, contudo, de mencionar as tentativas de “refundação” das concepções que sustentam uma maior limitação da intervenção do legislador na conformação dos direitos sociais. Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...”, op. cit., p. 668.

508 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, *A eficácia dos direitos fundamentais...*, op. cit., pp. 464/465.

jurídica, da dignidade da pessoa humana e da proteção da confiança. Para tanto, em geral, apontam para a necessidade de consideração de “um núcleo essencial da existência mínima”<sup>509</sup>, bem como para a impossibilidade de se admitir que o Estado fruste as legítimas expectativas do indivíduo.

De qualquer sorte, dado o esvaziamento dogmático do princípio do retrocesso social, o recurso aos princípios fundantes do próprio Estado de Direito Democrático apenas reforça a incapacidade e a inadequação do instituto em causa na sistemática dos direitos fundamentais. Desta forma, apesar dos esforços doutrinários na tentativa de conferir alicerce suficiente ao instituto, o certo é que, como adverte Jorge Miranda, o chamado princípio da impossibilidade do retrocesso social “não tem autonomia”<sup>510</sup>.

Como dito, ao buscar suporte dogmático na dignidade da pessoa humana ou mesmo na proteção da confiança para atribuir conteúdo ao suposto princípio do retrocesso social, reconhece-se, em princípio, sua própria carência de elementos básicos de existência e autonomia, tanto que dependeria de princípios consolidados para sua real integração ao corpo jurídico<sup>511</sup>.

Por tais razões, ainda que a regressão dos direitos sociais possa ser considerada inconstitucional, a decisão alcançada pela tutela judicial deverá ser fundada em princípios e valores constitucionalmente reconhecidos e dogmaticamente fundados, jamais podendo ser ancorada, como reconhece Jorge Reis Novais, no “inexistente princípio da proibição do retrocesso”<sup>512</sup>.

Esta compreensão é importante na medida em que a tutela judicial dos direitos sociais deve ser conduzida mediante a submissão do caso concreto aos princípios constitucionais verdadeiramente presentes e atuantes em Estado de Direito Democrático, nomeadamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a proteção da confiança e a

---

509 Cf. TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”, *op. cit.*, p. 819.

510 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, *op. cit.*, p. 560.

511 Reconhecendo ser inapropriada a associação dos princípios da dignidade da pessoa humana e da proteção da confiança ao retrocesso social, Cf. TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”, *op. cit.*, pp. 818 e 820.

512 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, p. 294.



proporcionalidade.

Assim, apesar do peso retórico que o suposto princípio do retrocesso social revela, sinalizando para uma proteção progressiva e irreversível dos direitos sociais em favor do indivíduo, a tutela judicial no âmbito de enfrentamento da concretização das normas de direitos sociais deve resolver o conflito de forma coerente com o sistema jurídico, trilhando uma ordem de parâmetros constitucionalmente sustentável.

Isto significa que, em princípio, a questão não se restringe unicamente em considerar uma fórmula qualquer que trate a regressão dos direitos sociais como “permitida” ou “proibida”. Em verdade, o sistema de direitos fundamentais, sobretudo no campo de suas restrições, sustenta-se na garantia de posições de privilégios individuais que, inevitavelmente, incorrerão em conflito, mas que devem ser equacionados mediante um processo argumentativo racional de sopesamento dos valores afetos a cada norma.

Por conta deste reconhecimento do modelo de direitos fundamentais, não há como conceber, de forma antecipada e absoluta, a existência de uma vedação prévia que impeça o Estado de restringir prestações sociais já asseguradas e entregues ao indivíduo. Pensar desta forma seria não apenas dissociar a norma jurídica de sua realidade como também alçar a lei ordinária concretizadora de direito social a uma categoria de proteção garantidora superior à própria norma constitucional<sup>513</sup>.

É bem verdade que o Estado não está livre para promover as alterações que deseje no campo dos direitos sociais, sobretudo com o intuito de restringir o âmbito de concretização das normas. Exatamente por se tratarem de direitos fundamentais, as restrições das prestações sociais devem ser precedidas de justificativas razoáveis que evidenciem uma intensidade superior de proteção do bem resguardado, o que poderá ser traduzido pela manutenção, em tempos de crise financeira, de direitos mais relevantes na proteção da vida<sup>514</sup>.

---

513 Para Jorge Miranda, as normas concretizadoras de direitos sociais não podem ser revestidas da “força jurídica própria das normas constitucionais ou elevar os direitos derivados a prestações a garantias constitucionais”. Por se tratarem de normas ordinárias, ainda que incidindo sobre a conformação da norma de direito social, conclui Jorge Miranda que as leis são naturalmente modificáveis e sujeitas a controle de constitucionalidade, não podendo prevalecer sequer “sobre outras normas ordinárias”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 571. Destacando a necessidade de o legislador dispor de liberdade de conformação no âmbito das políticas públicas de direitos sociais, Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...”, op. cit., p. 673.

De qualquer sorte, os parâmetros norteadores a serem observados na tutela judicial deste conflito não podem ser orientados pelo suposto princípio do retrocesso social. Em verdade, as restrições das ações prestacionais do Estado no campo dos direitos sociais devem ser confrontadas, como já antecipado, por um juízo de ponderação, utilizando-se como princípios a dignidade da pessoa humana, a igualdade, a proteção da confiança e a proporcionalidade<sup>515</sup>.

Por esta razão, embora Ingo Wolfgang Sarlet aponte para manifestações da “vedação do retrocesso” nas consagrações constitucionais que garantem o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada<sup>516</sup>, importa seja observado que os fundamentos destes institutos estão muito mais associados ao princípio da proteção da confiança (segurança jurídica) e ao modelo de Estado de Direito. Assim, a garantia conferida ao indivíduo não se faz presente mediante a incidência de uma suposta “proibição de retrocesso”, mas sim em virtude da submissão do Estado ao respeito de posições conferidas ao indivíduo já reconhecidas pelo próprio ordenamento.

Ademais, estas prestações concretizadoras não se confundem com o complexo sistema de direitos fundamentais, cuja efetivação impõe invariavelmente um conflito de posições de privilégio. É que, mesmo nos direitos de liberdade, e ainda em face de garantias aparentemente mais amplas, nenhum destes direitos terá caráter absoluto. Esta constatação, talvez ainda mais assertiva no campo dos direitos sociais, implica na possibilidade real de alterações nas políticas públicas adotadas pelo Estado, aumentando ou reduzindo as prestações

---

514 Na visão de Jorge Reis Novais, a escassez de recursos exige do Estado, na conformação dos direitos sociais, a adoção de opções políticas. Assim, não estando constitucionalmente fixada a distribuição de receitas, a definição das prioridades caberia ao legislador democrático. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 295. Ainda acerca da atuação do legislador sobre a efetivação dos direitos sociais em tempos de crise financeira, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 571.

515 Acerca da concretização dos direitos sociais, Rui Medeiros sustenta a necessidade de o Legislador conformar sua atuação nos limites dos princípios da dignidade da pessoa humana, da proteção da confiança, da proporcionalidade e da igualdade, além da “garantia constitucional da propriedade privada”. Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais...”, op. cit., p. 678. Cf., ainda, JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 294. Cf., também, TIAGO FIDALGO DE FREITAS, “O princípio da proibição do retrocesso social”, op. cit., p. 841.

516 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”, in *Constituição e Democracia – Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Gomes Canotilho*, Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê, pp. 291/335, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 301.

conferidas, tudo mediante justificativa plausível<sup>517</sup>.

Para tanto, as barreiras enfrentadas pelo Estado para restringir as prestações proporcionadas ao indivíduo não encontram fundamento na “impossibilidade de retrocesso”, mas sim, nos princípios estruturantes já declinados, nomeadamente a proteção da confiança (segurança jurídica).

---

517 Na visão de Rui Medeiros, o próprio “princípio da alternância democrática” justifica a possibilidade de mudanças na conformação da concretização dos direitos sociais, haja vista que “os órgãos legislativos, renovados e legitimados através de eleições”, detem a prerrogativa de avaliar “o modo de afectação de recursos escassos à satisfação das diferentes e muito heterogêneas necessidades colectivas”. Cf. RUI MEDEIROS, “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”..., *op. cit.*, p. 678. Para Ingo Wolfgang Sarlet, o “Estado Social e Democrático de Direito” se encontra “gravemente enfermo”, o que decorre de diversos fatores de ordem global, política e econômica, demonstrando não está imune “às transformações e desenvolvimento”. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível...”, *op. cit.*, pp. 306/307.

## CAPÍTULO IV

### PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO PARÂMETRO NA TUTELA JUDICIAL DAS NORMAS DE DIREITOS SOCIAIS

*“Quanto mais intensa for a vontade de Constituição, menos significativas há de ser as restrições e os limites impostos à força normativa da Constituição. A vontade de Constituição não é capaz, porém, de suprimir limites. Nenhum poder do mundo, nem mesmo a Constituição, pode alterar as condicionantes naturais. Tudo depende, portanto, de que se conforme a Constituição a esses limites - KONRAD KESSE<sup>518</sup>*

#### **1. O princípio da proporcionalidade: concepção e alcance na apreciação judicial dos direitos sociais**

Conforme já reiterado, a compreensão dos direitos sociais conduzida no curso deste trabalho tem trilhado o raciocínio da estreita relação destes direitos com a igualdade material, sendo, inclusive, aceito como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, postulados estes que conferem aos direitos sociais verdadeira natureza de direito fundamental<sup>519</sup>.

A discussão, agora, apresenta-se num plano mais prático, haja vista que a tutela judicial se depara com o desafio de apreciar a concretização das normas de direitos sociais, enfrentando frontalmente o conflito normativo constitucional. Assim, seja em relação ao conflito normativo decorrente da ação restritiva estatal, seja na análise da concretização da norma de direito social por omissão do Estado, é necessário um parâmetro para a apreciação

---

518 Cf. KONRAD HESSE, *A Força Normativa da Constituição*, op. cit., pp. 24/25.

519 Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988...”, op. cit., p. 295.

judicial.

Com este propósito, interessa nesta fase da análise identificar a forma de influência das diversas forças normativas que decisivamente podem atribuir parâmetros na apreciação judicial dos direitos sociais, estabelecendo, assim, critérios uniformes que permitam a adequada atuação do Poder Judiciário na análise da questão em face do caso concreto.

Para tanto, diante da colisão entre normas de mesma natureza constitucional, faz-se necessário alcançar critérios que auxiliem a análise do conflito normativo entre a pretensão posta em juízo e a previsão normativa que confere direito social semelhante ou diverso em favor de terceiro, já que a efetividade das normas demandará o investimento de recursos públicos, não podendo, assim, privilegiar uns em detrimento de outros.

Atuando nesta tarefa de equacionamento da nova ordem constitucional no conflito de princípios, em que a ponderação resulta como método inafastável na tutela judicial<sup>520</sup>, resta ao Juiz o recurso ao princípio da proporcionalidade<sup>521</sup>, o qual, como lembra Paulo

---

520 Neste sentido, destaca Humberto Ávila que a ponderação consiste apenas no método destinado a sopesar “os elementos que se entrelaçam”. Assim, faz-se necessário que à ponderação, como instrumento, sejam atribuídos critérios e estrutura material, sob pena de tornar sem utilidade. Cf. HUMBERTO ÁVILA, *op. cit.*, p. 94.

521 Registre-se a posição de Jorge Reis Novais, para quem o instrumento mais adequado para “racionalização e objectivação das ponderações realizadas neste domínio” seria o “princípio da proibição do excesso”, o qual se decompõe em “aptidão, indispensabilidade, proporcionalidade, razoabilidade e determinabilidade”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, *op. cit.*, p. 124. Para o mesmo autor, agora na perspectiva de princípio estruturante da Constituição, inclusive aceitando a ideia de considerar a proibição do excesso como princípio mais abrangente, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, pp. 161 e ss. Numa análise mais precisa do controle de constitucionalidade da norma de direito social, Jorge Reis Novais distingue a hipótese de violação enquanto direito positivo, que estaria sujeita ao princípio da proibição do déficit, da dimensão da ofensa enquanto direito negativo, para a qual seria adequada a invocação do princípio da proibição do excesso. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, *op. cit.*, pp. 389/404. Já Alexy adverte que o recurso à proporcionalidade é exigido tanto pela natureza dos direitos fundamentais quanto pela pretensão de correção do controle de constitucionalidade. Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 834. Por sua vez, atento à precisão terminológica, em especial à distinção entre “regras e princípios”, Virgílio Afonso da Silva entende não ser apropriado o termo “princípio” para definição da proporcionalidade, já que não entra em conflito com outras normas, tampouco tem sua aplicação sujeita a diferentes graus. Por estas razões, Virgílio Afonso da Silva reconhece ser mais adequado o uso da terminologia “regra da proporcionalidade” para se referir ao instituto em análise. De qualquer forma, como reconhecido pelo próprio autor, dar-se-á preferência neste trabalho ao uso da expressão “princípio da proporcionalidade”, o que se justifica pela importância do conceito, bem como pela sua forte carga semântica já construída. Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, in *Revista dos Tribunais*, 798, pp. 23/50, 2002, pp. 25/26. Na visão de David Bilchitz, embora a razoabilidade não seja um conceito bem definido, na seara dos direitos sociais e econômicos a

Bonavides, deve ser compreendido como verdadeiro vetor interpretativo da norma<sup>522</sup>. Este especial valor atribuído à proporcionalidade se traduz na sua capacidade de conferir, nas palavras de Jorge Miranda, equilíbrio, harmonização, ponderação e concordância prática<sup>523</sup>.

Nesta linha de raciocínio, apesar de sua recente concepção na moderna ordem constitucional<sup>524</sup>, o princípio da proporcionalidade tem sido largamente utilizado na busca pelo alcance do equilíbrio na aplicação das normas constitucionais<sup>525</sup>, sendo, por vezes, aceito expressamente no Texto Constitucional, como é o caso do ordenamento português, enquanto que, em outros casos, decorre da própria compreensão do Estado de Direito Democrático, como se percebe no sistema jurídico brasileiro<sup>526</sup>.

---

razoabilidade permitiria ao Legislativo e ao Executivo uma ampla margem de apreciação para a tomada de decisões. Em que pese tal posicionamento, com boa aplicação pelo Tribunal Constitucional da África do Sul, observa-se certa confusão dogmática entre os princípios da razoabilidade e da proporcionalidade, especialmente quando o autor afirma que *“a reasonable decision generally also reveals proportionality between ends and means”*. Isto porque a relação meio-fim, como adverte Humberto Ávila, seria uma característica afeta ao princípio da proporcionalidade, já que a razoabilidade exigiria a “consideração das particularidades individuais dos sujeitos atingidos”. Cf. DAVID BILCHITZ, *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*, Oxford, University Press, 2007, pp. 142/143. Cf., ainda, HUMBERTO ÁVILA, *op. cit.*, pp. 116/117.

522 Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 435. Da mesma forma, reconhecendo o princípio da proporcionalidade como regra de interpretação e aplicação do direito, cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, *op. cit.*, p. 24.

523 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, *op. cit.* p. 354.

524 Acerca da evolução do princípio da proporcionalidade até seu “sentido técnico no direito público e teoria do direitos germânicos”, cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais”, *op. cit.*, pp. 313/316.

525 Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 819.

526 Na Constituição portuguesa de 1976, restou consagrado o princípio da proporcionalidade como forma de preservar os direitos fundamentais, bem como para várias hipóteses de ponderação de decisão, como ocorre nos artigos 18, 19, item “4” e artigo 266, item “2”. Para além disto, Catarina Santos Botelho enxerga no artigo 2º, da Carta portuguesa, o suporte do princípio da proporcionalidade. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 463. Já no caso brasileiro, a Constituição não o trouxe de forma expressa. Ao discorrer sobre os dois cenários, em especial a ausência de “referência explícita” do princípio da proporcionalidade na Constituição brasileira, Willis Santiago Guerra Filho entende que o princípio em causa “se consubstanciaria em uma garantia fundamental”, derivando da “cláusula do devido processo, visando a consecução da finalidade maior de um Estado Democrático de Direito, que é o respeito à dignidade humana”. Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais”, *op. cit.*, pp. 317/319. Ainda sobre o princípio no cenário constitucional brasileiro, Paulo Bonavides entende que a proporcionalidade fluiria do §2º, do artigo 5º, da Constituição, sendo verdadeiro “axioma do Direito Constitucional, corolário da constitucionalidade e cânone do Estado de Direito”. Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 446. Já Virgílio Afonso da Silva destaca que, apesar de a discussão ganhar corpo pela opinião de diversos juristas respeitados, a “busca por uma fundamentação jurídico-positiva da regra da proporcionalidade é uma busca fadada a ser infrutífera”. Para o autor, a proporcionalidade guarda estreita relação com a própria estrutura dos direitos fundamentais, podendo-se

De qualquer sorte, no universo de princípios constitucionais de forte carga valorativa, sobretudo no campo dos direitos fundamentais, o recurso à proporcionalidade busca equacionar as diversas normas constitucionais que, invariavelmente, chocam-se entre si, deixando o aplicador do Direito na intrigante tarefa de aplicar uma norma em detrimento de outra, muito embora não haja qualquer relação de invalidade formal entre ambas.

Esta tarefa carece de suporte nas clássicas técnicas interpretativas, bem como nas conhecidas norma gerais de solução de conflitos normativos, em especial por conta da abrangência do conteúdo dos princípios, os quais não se distinguem pelas regras de espaço e tempo que tipicamente são adotadas na identificação da norma-regra. Em verdade, a nova ordem constitucional desafia uma compreensão do ordenamento fundado em princípios que estão permanentemente em tensão, haja vista o alcance máximo abstrato que cada qual projeta em sua aplicação, restringível apenas pela norma contrária que garante a posição do terceiro<sup>527</sup>.

Assim, diante da incapacidade de os métodos tradicionais de interpretação oportunizarem a identificação precisa da norma a ser aplicada em cada caso, impõe-se a adoção do princípio da proporcionalidade com o propósito de, segundo Virgílio Afonso da Silva, “nenhuma restrição a direitos fundamentais tome dimensões desproporcionais”<sup>528</sup>. Inobstante esta constatação, é de se registrar que o recurso a este princípio tem despertado críticas, sobretudo daqueles que apontam uma larga abertura subjetiva no critério da “proporção”, sob o argumento de que pode ser utilizado como subterfúgio para a prática de atos arbitrários<sup>529</sup>, além de poder se converter num perigoso instrumento de intervenção do

---

afirmar que “a regra da proporcionalidade e o dever de otimização guardam uma relação de mútua implicação”. Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, *op. cit.*, pp. 43/44.

527 Para Willis Santiago Guerra Filho, é a “natureza diferenciada de princípios e regras que suscita a necessidade de se desenvolver uma hermenêutica constitucional igualmente diferenciada, diante da hermenêutica tradicional”. Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “Poder Judiciário, hermenêutica constitucional e princípio da proporcionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. III, pp. 895/909, Coimbra Editora, Coimbra, 2012, p. 902.

528 Neste sentido, reconhece Virgílio Afonso da Silva a indispensabilidade do recurso à proporcionalidade para o adequado alcance da “restrição às restrições”. Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, *op. cit.*, p. 24.

529 O próprio Alexy aborda a crítica formulada por Kai Möller, para quem o envolvimento do princípio na tese da natureza dos princípios seria um erro, na medida em que a busca por uma “medida correta” no sopesamento das normas “dependeria de 'um argumento moral'”. Segundo Alexy, não haveria qualquer inconsistência na construção da teoria dos princípios, haja vista que a interferência em um direito fundamental dependeria da justificação de cedência da norma contrária. Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos

Juiz nos atos do Legislador<sup>530</sup>.

De qualquer sorte, como adverte Humberto Ávila, estas questões não se coadunam com a dogmática do princípio, a qual segue critérios estabelecidos, a fim de evitar exatamente a subjetividade do intérprete<sup>531</sup>. Assim, a crítica elaborada contra o recurso à proporcionalidade seria um equívoco quanto à compreensão dos critérios ou mesmo quanto à busca por uma objetividade racional da decisão.

Como será visto por ocasião da análise dos subprincípios que integram o princípio da proporcionalidade, são exatamente estes critérios que precisam ser alcançados e frontalmente analisados para a adequada tutela judicial dos direitos sociais, a fim de que a decisão expresse, nas palavras de David Duarte, uma “determinação de medida certa”, evitando o desequilíbrio, por défice ou excesso, na aplicação das normas<sup>532</sup>.

De qualquer sorte, o que importa registrar nesta altura é que o princípio da proporcionalidade é fundamental na análise da tutela judicial dos direitos sociais, na medida em que permite ao intérprete ponderar de forma racional os diversos interesses, valores e normas em conflito, conciliando, como destaca Catarina Santos Botelho, “direitos e bens constitucionais”<sup>533</sup>. Assim, através do recurso à proporcionalidade é oportunizado o delineamento de uma decisão que, ao levar em consideração um confronto de argumentos

---

Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 826.

530 É bastante conhecida a posição crítica de Forsthoff, aqui citada por Carlos Bernal Pulido, acerca da aplicação do princípio da proporcionalidade, seja porque o autor enxerga uma extrapolação na abrangência do princípio, alcançando do Direito Administrativo ao Direito Constitucional, seja pela ausência de critério racional que possa objetivar a atuação do Tribunal Constitucional, conferindo perigoso instrumento ao órgão julgador. Na abordagem da crítica, Carlos Bernal Pulido também expõe o pensamento de Alexander Aleinikoff, para quem a atuação da Suprema Corte americana no exercício da ponderação busca harmonizar os interesses sociais, atividade esta que deveria ser própria do Poder Legislativo. Cf. CARLOS BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2005, pp. 196/198. Ainda sobre os argumentos de Forsthoff, Paulo Bonavides acrescenta que sua crítica “não mereceu aplausos nem teve seguidores de peso, senão que se viu alvo de pesadas objeções”. Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, pp. 438/439.

531 Cf. HUMBERTO ÁVILA, *op. cit.*, p. 113. Sobre as críticas ao princípio da proporcionalidade, embora reforçando sua firme posição quanto à aceitação do princípio, cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, *op. cit.*, p. 446.

532 Cf. DAVID DUARTE, *A norma de legalidade procedimental administrativa...*, *op. cit.*, pp. 632/633.

533 Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, pp. 462.



favoráveis e contrários, permita o alcance de “um postulado de justiça para o caso concreto”<sup>534</sup>.

Por tais razões, a despeito das críticas lançadas contra a adoção da proporcionalidade como recurso interpretativo na solução dos conflitos normativos<sup>535</sup>, o sistema de direitos fundamentais do novel constitucionalismo não tem como se distanciar de um vetor interpretativo capaz de equacionar as diversas forças normativas em colisão, resultando, portanto, na indispensabilidade do recurso ao princípio em destaque.

## 2. Princípio da proporcionalidade e ponderação

O ponto central do presente trabalho está relacionado exatamente com a necessidade de formulação de uma teoria que estabeleça critérios capazes de auxiliar o julgador no enquadramento das questões envolvendo a aplicação das normas de direitos sociais. Assim, após uma análise dos princípios constitucionais que influenciam diretamente a compreensão do conflito normativo, é oportuno considerar que a concretização dos direitos sociais através da tutela judicial está absolutamente jungida ao princípio da proporcionalidade, em especial por conta de sua utilização na ponderação dos direitos fundamentais<sup>536</sup>.

---

534 Cf. PAULO BONAVIDES, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., pp. 443.

535 Na visão de Carlos Blanco de Moraes, é “duvidoso” que através do princípio da proporcionalidade possa ser alcançada uma “medida de valor solta ou incontrolada de escrutínio de constitucionalidade de qualquer política legislativa”. Cf. CARLOS BLANCO DE MORAIS, *Curso de Direito Constitucional*, op. cit., p. 474.

536 Laura Clérico traça uma distinção entre “ponderación – em sentido estrictíssimo” e “ponderación maximizadora o ponderación minimizadora”. Segundo a autora, os defensores da primeira linha de entendimento compreendem a ponderação como um método que discerne entre vantagens e desvantagens, custos e benefícios. Assim, busca-se um resultado que maximize as vantagens e benefícios sociais ou que reduza as desvantagens e os custos sociais. Em relação à segunda expressão, Laura Clérico ressalta a existência de uma “super-meta” que está por sobre os direitos fundamentais, os quais seriam utilizados como meios. Com efeito, a ponderação seria de acordo com o objetivo de maximizar as vantagens ou minimizar as desvantagens, não tratando de forma muito séria os direitos fundamentais. Cf. LAURA CLÉRICO, *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*, 1ª ed., Buenos Aires, Universidad de Buenos Aires, 2009, pp. 255/256.

Com efeito, tomando-se por exemplo uma ação ajuizada com o propósito de conseguir junto ao Estado a internação hospitalar de um paciente em Unidade de Terapia Intensiva, a decisão judicial encontrar-se-á absolutamente envolta num complexo sistema de normas que desafia as tradicionais regras de interpretação. Assim, não se trata apenas de identificar a norma que garante o direito à saúde, tampouco se contrapor à pretensão com base nas limitações orçamentárias do Estado. Existe, por certo, um conjunto de normas e princípios que influenciam diretamente o conflito, exigindo, assim, um critério que favoreça o alcance equilibrado da decisão<sup>537</sup>.

Da mesma forma, as dúvidas também se mostram desafiadoras na hipótese de atuação estatal na restrição direta dos direitos sociais anteriormente prestados ao indivíduo. Saber se é possível e em que medida pode o Estado restringir ou encerrar prestações sociais já conferidas ao indivíduo são questões que se colocam no cotidiano da vida moderna e põem sob severa discussão a aplicação das normas de direitos fundamentais e os limites de atuação do Estado.

Por certo, ainda que se busque nos critérios hermenêuticos clássicos recurso interpretativo para o alcance da plena aplicação da norma, é razoável reconhecer a limitação dos critérios interpretativos nas colisões normativas constitucionais de direitos fundamentais, deixando o julgador diante de um cenário de incerteza quanto ao caminho a ser seguido para a devida fundamentação da decisão mais acertada.

Assim, mesmo reconhecendo a natureza jusfundamental do direito reivindicado, a solução do conflito normativo estabelecido entre a norma que garante a prestação de um direito individual com as normas de direitos sociais em favor de terceiros depende de um juízo racional acerca das razões e contrarrazões que irradiam de cada norma em relação ao caso concreto<sup>538</sup>. Todo este cenário, claro, é fortemente influenciado pela limitada capacidade financeira do Estado em concretizar de forma plena e geral as expectativas e os direitos sociais em favor de todos.

---

537 Cf. EMERSON GARCIA, *Conflito entre normas constitucionais...*, *op. cit.*, p. 415.

538 Para Alexy, a pretensão de correção do controle de constitucionalidade exige que as decisões judiciais “sejam o mais racionais possível”. Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 831.

Neste contexto, como já enfrentado no Capítulo I, do Título II, não é razoável ao julgador ancorar-se no princípio da “separação de poderes” ou mesmo da “legitimidade democrática” para recusar o enfrentamento da questão, ao argumento de que a matéria posta em causa desafiaria a exclusiva atuação dos órgãos políticos<sup>539</sup>. Esta não é uma alternativa viável, seja pela natureza do moderno Estado Constitucional que protege os direitos fundamentais, seja pela concretização desta finalidade através da garantia de acesso à justiça para proteção daqueles direitos.

Da mesma forma, também não é a tutela judicial uma mera instância de validação de pretensões individuais. Por mais delicadas e sensíveis que as matérias relacionadas possam dizer respeito, não é simplesmente pela gravidade de uma patologia ou pelo caráter imprescindível da intervenção a ser realizada que necessariamente o julgador haverá de conceder o pleito, já que esta forma de abordagem não seria condizente com a análise judicial do caso, confundindo-se com uma “mera chancela” das posições conferidas sem qualquer avaliação das questões jurídicas postas em causa.

É bem verdade que esta circunstância, ou seja, a indispensabilidade da concretização do direito, pode servir no enquadramento dos parâmetros a serem seguidos, como será visto no desdobramento do princípio da proporcionalidade. Contudo, este fator não é exclusivo na determinação da aplicação da norma, haja vista que a tutela judicial também demandará a análise da colisão estabelecida com as normas que conferem semelhantes posições de privilégio em favor de terceiros.

Esta mesma abordagem pode ser concebida na análise de qualquer direito social que reclame do Estado uma prestação ou proteção para seu respectivo gozo, já que invariavelmente a infinitude das pretensões individuais impede que o orçamento estatal seja capaz de suprir todas as demandas, reduzindo a capacidade de alcance das normas de direitos sociais a uma posição realizável.

---

539 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., pp. 92/93.

Neste ponto, ousa-se discordar da posição de Jorge Reis Novais, para quem a diferente margem de atuação do juiz sofreria variação de acordo com a “ natureza do dever estatal envolvido”, associando-se o compromisso de respeitar, proteger e promover o acesso aos direitos como elemento diferenciador a ser considerado na apreciação judicial<sup>540</sup>. Para tanto, no que pese o zelo do professor de Lisboa, sobretudo na sua compreensão dos deveres do Estado nas dimensões do respeito, proteção e promoção das normas de direitos sociais<sup>541</sup>, esta posição, na prática judicial, não parece favorecer o enfrentamento da colisão normativa, já que acaba por condicionar a atuação do Juiz em função das responsabilidades do Estado e não em razão da colisão realmente estabelecida com as normas de direitos sociais que conferem idêntica posição aos demais indivíduos<sup>542</sup>.

Nesta perspectiva, é possível compreender que a limitação da tutela judicial na efetivação das normas de direitos sociais não decorre da forma de atuação do Estado, mas sim do conflito normativo que se estabelece com normas de mesma natureza, cuja satisfação integral das pretensões individuais é impossível de ser alcançada pelo orçamento estatal, acarretando o indispensável recurso à proporcionalidade para equacionamento do conflito.

É de se notar que semelhante concessão ocorre com a análise dos próprios direitos de liberdade<sup>543</sup>. Apesar de nem sempre serem nesta perspectiva ou imputarem custos “visíveis” na sua efetivação, os direitos de liberdade restringem mutuamente o alcance de cada norma, impedindo o exercício absoluto e ilimitado do conteúdo normativo da norma colidente, já que o exercício de uma posição de privilégio individual acaba por limitar (ou ser limitado) a maior amplitude possível de efeitos de uma norma contrária.

---

540 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 93.

541 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., pp. 310/316.

542 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., pp. 272/273.

543 Coerente com seu pensamento acerca da análise das normas de direitos sociais de acordo com o dever conferido ao Estado, Jorge Reis Novais adverte que a ponderação no campo dos direitos sociais é bem mais complexa do que nos direitos de liberdade, haja vista a necessidade de equacionar a carência financeira do Estado e a consideração da separação de poderes. Nas palavras do autor, “a ponderação nos direitos de liberdade apresenta uma natureza relativamente simples”. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Sociais...*, op. cit., p. 269.

Pela didática que se espera do exemplo, sempre é oportuno citar a norma que confere a liberdade de expressão. Embora aparentemente seja conferida uma posição plena e geral, é cediço que esta norma acaba por sofrer cedência na hipótese de uma norma contrária, *ex vi* direito à honra, atuar com maior peso no caso concreto. Assim, não parece haver aqui qualquer distinção quanto à posição do Estado e sua atuação.

Há, em verdade, um reconhecimento da norma prevalecente, cujo efeito resulta na restrição da posição contrária, independente do eventual prejuízo que seu titular venha a suportar. Esta conclusão apenas reforça a compreensão de que, sobretudo no campo dos “limites aos limites dos direitos fundamentais”<sup>544</sup>, a tutela judicial desenvolve-se em estreita relação com o princípio da proporcionalidade, através de uma metodologia ponderativa.

Semelhantemente, ainda fora do campo restrito dos direitos sociais, esta compreensão de atuação judicial no conflito normativo também aplica-se no caso de discussão acerca de desapropriação da propriedade privada. Assim, na hipótese de expropriação de sua propriedade, o proprietário poderá levar o conflito à apreciação judicial, não ficando esta atividade restrita pela forma de atuação do Estado, ainda que possa impor ao Estado o desembolso de grande quantia de recursos.

Desta forma, assim como no primeiro conflito normativo apresentado a apreciação judicial enfrentará uma análise de razões e contrarrazões entre as normas que conferem a liberdade de expressão e a que garante a proteção da honra, a tutela dos direitos sociais levará em consideração uma metodologia muito semelhante, consistente na aplicação do princípio da proporcionalidade na compreensão exata do conflito.

Sendo assim, a tutela judicial dependerá da análise da norma de direito social reivindicada em colisão com as normas de direitos sociais conferidas aos terceiros, levando-se em consideração ainda a capacidade limitada de o Estado prestar estes direitos de forma ampla, plena e geral, o que atua como limitação fática à efetivação dos direitos sociais. Somente através do recurso ao princípio da proporcionalidade será possível equacionar uma decisão que confira à norma a máxima atuação possível, respeitadas, no caso concreto, as

---

544 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*, op. cit., p. 123.

possibilidades fáticas e jurídicas<sup>545</sup>, o que somente pode ser alcançado através do método ponderativo<sup>546</sup>.

### 3. Os subprincípios da proporcionalidade na orientação da tutela judicial dos direitos sociais

Conforme tem sido demonstrado, o recurso ao princípio da proporcionalidade permite que a ponderação dos princípios seja efetivada de forma criteriosa, a partir de um exercício racional através do qual o julgador faz um confronto das razões e contrarrazões que autorizam ou impedem a aplicação da norma de direito social em favor do indivíduo. Neste ponto, vale destacar que o recurso ao princípio da proporcionalidade na ponderação das normas de direitos sociais tanto permite discernir a atuação da restrição dos direitos pelo Estado, como também confere subsídios para que seja alcançado o conteúdo de concretização da norma na hipótese de omissão estatal<sup>547</sup>.

Com efeito, ainda que parte da doutrina prefira a distinção entre os princípios da proibição do excesso e proibição do déficit, a depender da postura do Estado na restrição dos direitos ter decorrido de uma ação restritiva ou de uma omissão na concretização de um direito fundamental, em bom rigor pode-se alcançar as respostas necessárias no conflito normativo através do recurso ao princípio da proporcionalidade<sup>548</sup>.

---

545 Cf. ROBERT ALEXY, *Teoria dos Direitos Fundamentais*, op. cit., pp. 103/104.

546 Neste processo ponderativo, há sempre o destaque de Alexy para a máxima da ponderação, segundo a qual “quanto maior for o grau de não realização ou de afetação de um princípio, maior deve ser a importância da realização do princípio colidente”. Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, op. cit., p. 821.

547 Ao abordar o princípio da proporcionalidade na ponderação dos limites dos direitos de maior relevância nas democracias constitucionais, Laura Clérico adverte que “la validez de los derechos impone límites frente a un exceso (*Übermaß*) de restricción como así también frente a una omisión o acción insuficiente (*Untermaß*) que imposibilite injustificadamente su ejercicio”. Cf. LAURA CLÉRICO, op. cit., p. 319.

548 Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva destaca que o uso mais frequente da “regra da proporcionalidade” como forma de conter os excessos dos poderes do Estado gera certa confusão com a chamada proibição do excesso. Contudo, ressalta o autor que o princípio da proporcionalidade não se limita a discernir o excesso (*Übermaßverbot*), já que é também aplicável para os casos de omissão ou ação estatal insuficiente (*Untermaßverbot*). Em conclusão, destaca que a “aplicação da proporcionalidade a casos que não se relacionam com o excesso estatal já é razão suficiente para abandonar o uso sinônimo de *regra da*

Esta conclusão decorre da própria compreensão do princípio da proporcionalidade, haja vista que sua incidência não está restrita a uma ou outra postura do Estado. Antes, porém, tem o princípio da proporcionalidade, como vetor interpretativo da norma, a capacidade de avaliar o alcance, a concretização e a restrição da norma de direito fundamental, devendo ser aplicado na análise indistinta das colisões das normas de direitos fundamentais sociais<sup>549</sup>.

Por esta razão, a análise aqui procedida levará em consideração ambas as situações na proteção dos direitos fundamentais sociais, ou seja, tanto a hipótese de recurso ao princípio da proporcionalidade para análise do excesso (ação restritiva estatal) quanto para discernir a proteção insuficiente do Estado (omissão estatal). Ainda assim, por ser mais estudada a aplicação do princípio na primeira hipótese, buscar-se-á, na medida do possível, conferir maior destaque nas hipóteses de apreciação judicial da norma de direito social com vistas a sua concretização por deficiência na postura do Estado. Talvez esta segunda situação gere mais interesse e aplicação prática.

É necessário ter em mente, contudo, que a serenidade na utilização da proporcionalidade preserva o conjunto normativo existente, permitindo que a tutela judicial seja realizada com a consideração da realidade fática, bem como com toda a carga principiológica que orienta a garantia dos direitos fundamentais, nomeadamente a dignidade da pessoa humana, a igualdade e a proteção da confiança. Para tanto, há de se seguir os “subprincípios” ou “sub-regras” da proporcionalidade<sup>550</sup>, nomeadamente adequação, necessidade de proporcionalidade propriamente dita.

---

*proporcionalidade e proibição de excesso*”. Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, *op. cit.*, pp. 26/27. De se registrar os argumentos de Jorge Pereira da Silva, para quem carece de evidência a autonomia do princípio da proteção insuficiente na limitação da atuação do legislador. Para tanto, elenca cinco pontos, dentre os quais a estreita ligação com o princípio da proporcionalidade e os “testes da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito”. Cf. JORGE PEREIRA DA SILVA, *Deveres do Estado...*, *op. cit.*, p. 586.

549 Para Catarina Santos Botelho, as normas de direitos sociais também devem ser alvo do exame da “máxima da proporcionalidade, com as devidas adaptações e, desde logo, em paralelo com outros princípios, tal como a reserva do possível e a necessária ponderação da realidade constitucional”. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 463.

550 Virgílio Afonso da Silva, ao preferir a distribuição da “regra da proporcionalidade” em “sub-regras”, também deixa claro que a importância desta ordem é o percurso subsidiário entre si, o que significa dizer que somente se deve analisar a “sub-regra” seguinte se for ultrapassada a exigência anterior. Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, *op. cit.*, p. 34.

### 3.1. A adequação como critério de aferição de aptidão do direito social reclamado

Abordar a temática da adequação na conjuntura do princípio da proporcionalidade poderia, por se só, justificar muitos debates científicos acerca de sua presença e alcance como critério de partida na adoção da proporcionalidade<sup>551</sup>. De qualquer sorte, aceitando sua relevância na temática dos parâmetros do princípio da proporcionalidade, vê-se que a adequação responde às questões de utilidade quanto à concretização das normas de direitos sociais.

Desta forma, como parâmetro na solução do conflito, o subprincípio da adequação deve responder, nesta fase, às questões atinentes à finalidade da medida pleiteada<sup>552</sup>. Assim, tanto os atos estatais podem ser confrontados por eventual excesso, na medida em que se avalia se a restrição imposta foi causada por um ato “adequado” (idôneo) para o alcance da finalidade apresentada, quanto a própria omissão estatal também pode ser questionada pela ineficiência na concretização da norma de direito social.

Como adiantado, a análise da restrição do direito por ação do Estado que restringe direito anteriormente prestado se mostra mais comum, cabendo ao julgador, diante da pretensão do indivíduo em continuar como beneficiário do bem social que já recebia, avaliar se as razões apresentadas para a prática do ato restritivo demonstra sua adequação para

---

551 De se registrar que, na visão de Jorge Reis Novais, a adequação deveria ser abordada como “idoneidade” ou “aptidão” para o alcance da finalidade, compreendendo o autor uma diferença no sentido dos respectivos termos, especialmente quanto a uma “aproximação essencialmente axiológica”. Para tanto, ressalta Reis Novais que a “adequação” sugeriria uma determinação entre “meio e fim”, algo desnecessário nesta fase de análise objetiva. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os Princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, op. cit., p. 167. No mesmo sentido, Carlos Bernal Pulido prefere a denominação de idoneidade em substituição à clássica adequação, sendo que esta compreensão decorre de seu raciocínio quanto à necessidade de a intervenção ser “*idónea para favorecer su obtención*”, indicando apenas a capacidade objetiva do meio para o alcance do fim. Cf. CARLOS BERNAL PULIDO, op. cit., pp. 688/689. De qualquer sorte, a despeito das diversas outras distinções, será adotado no presente trabalho aquela que tem sido, como ressalta Virgílio Afonso da Silva, “amplamente majoritária”, dividindo-se a proporcionalidade em adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito. Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, op. cit., p. 35. Abordando o primeiro subprincípio na perspectiva de “idoneidade ou adequação”, cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV*, op. cit., p. 354.

552 Neste sentido, Willis Santiago Guerra Filho reconhece que “uma medida é adequada se atinge o fim almejado”. Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais”, op. cit., p. 316. Da mesma forma, Laura Clérico, embora prefira a terminologia ligada à idoneidade, reconhece que “*es idóneo cuando con su ayuda puede ser fomentado el fin deseado*”. Cf. LAURA CLÉRICO, op. cit., p. 319.



a finalidade almejada.

Seria, grosso modo, a hipótese de o Estado deixar de garantir um bem social que já vinha sendo prestado, *ex vi*, uma modalidade de atendimento médico, um seguro social, uma oferta educacional ou qualquer outra modalidade de direito social. Nestas hipóteses, o subprincípio da adequação implicará na análise da finalidade apresentada e meio escolhido para a prática do ato restritivo, discernindo, nas condições fáticas, se sua execução é apta para o alcance do fim proposto<sup>553</sup>.

Na hipótese de análise do subprincípio da adequação no cenário de proteção insuficiente, o princípio da proporcionalidade permanece, por óbvio, estruturalmente intacto, muito embora a finalidade mude em relação ao sujeito. É que, enquanto na hipótese de ação estatal restritiva o fim a ser analisado como destinatário do ato é uma opção manifestada pelo Estado, que o impeliu a adotar uma posição que gerou uma redução, suspensão ou encerramento de uma prestação social, no caso da proteção insuficiente a adequação tem de ser analisada de acordo com a finalidade buscada pelo indivíduo.

Nestas condições, tomando-se, como exemplo, a apreciação judicial de concretização do direito social à saúde por ausência de ação estatal, caberia questionar, na busca pelo alcance da relação adequação/finalidade, se o tratamento médico buscado é útil para a recuperação do paciente ou mesmo se o medicamento pleiteado é adequado para o combate da patologia diagnosticada.

Como se observa, nos casos de omissão do Estado o subprincípio da adequação deve ser avaliado de acordo com o fim pretendido pelo indivíduo. Aqui, ainda nesta fase inicial de aplicação do princípio da proporcionalidade, a análise deve ser conduzida de forma objetiva, isto é, sem valoração quanto aos critérios e pertinência do pleito. Por está ligada ainda às possibilidades fáticas, a relação de confronto diz respeito unicamente à utilidade do direito social pretendido para o alcance da finalidade destacada<sup>554</sup>.

---

553 Cf. LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Sobre a Justificação das restrições aos direitos fundamentais”, *op. cit.*, p. 570.

554 Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 819.

Embora pareça relativamente simples, a questão pode ser mais complexa que nas hipóteses de excesso dos atos estatais. Com efeito, no cenário global de tantas ofertas para as mais diversas áreas da vida, deve a tutela judicial das normas de direitos sociais se ater, inicialmente, à adequação do bem social buscado para o suprimento da carência individual.

Assim, compreendido o sentido da adequação como subprincípio da proporcionalidade, deve-se observar que a questão levada à tutela judicial não se reveste de uma simples análise interpretativa da norma de direito social, porquanto não se trata de um mero órgão consultivo restrito à manifestação científica do significado da norma. Isto significa, portanto, que a questão posta em juízo deve demonstrar a relação direta entre a carência individual e a aptidão do bem social buscado para o suprimento daquela deficiência

555.

Em verdade, ainda que a necessidade deva ser analisada apenas na fase seguinte, a adequação como parâmetro na tutela judicial permite o estudo de pertinência entre a carência humana de um bem indispensável e a adequação do direito social pretendido para suprir a pretensão buscada. Não se trata, portanto, a adequação, de uma simples pretensão abstrata de concretização de direito social por conta de sua capacidade de atender determinadas necessidades.

### **3.2. A necessidade como instrumento de verificação da indispensabilidade do bem social reivindicado**

Ultrapassado o critério da adequação da medida efetivada ou do meio pleiteado para o alcance do direito social, chega-se, ainda no âmbito de otimização das possibilidades fáticas<sup>556</sup>, à análise da indispensabilidade como subprincípio da proporcionalidade. De se antecipar, como adverte Virgílio Afonso da Silva, que a proporcionalidade é um princípio – ou regra, como quer o autor – que exige uma ordem de enfrentamento sequencial e subsidiário,

---

555 Ao abordar a temática na perspectiva da idoneidade, Laura Clérico adverte que o principal ponto de exame da proporcionalidade nesta primeira fase é a indagação acerca “*de la relación de fomento entre medio (M) y fin (FIN)*”. Cf. LAURA CLÉRICO, *op. cit.*, p. 325.

556 Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 819.

somente alcançando a análise da necessidade se efetivamente for confirmado o subprincípio da adequação<sup>557</sup>.

Assim, alcançado este nível de análise na proporcionalidade em sentido amplo, tem-se que para esta fase da apreciação judicial o critério deve alcançar a exata necessidade da medida para o alcance do fim, discernindo o meio como “necessário, exigível ou indispensável”<sup>558</sup>, quer seja em relação ao ato estatal restritivo do direito social já prestado, quer seja em razão do bem social desejado.

Em relação à primeira hipótese, a análise da necessidade se projeta entre o fim alcançado pela medida restritiva e o meio adotado para o respectivo alcance. Neste ponto, diversamente da adequação, o confronto não está relacionado com a capacidade objetiva de o meio (ato) ser apto para alcançar o fim visado, haja vista que o exame da necessidade do ato diz respeito com sua indispensabilidade para o alcance do fim.

Ademais, além da imprescindibilidade do ato para o alcance da finalidade almejada, exige a necessidade o caráter menos oneroso do meio e a menor limitação imposta aos direitos fundamentais envolvidos. Em qualquer das hipóteses, é de se destacar que a análise da necessidade é estritamente comparativa, distinguindo-se, assim, da verificação da adequação, quando o juízo a ser realizado tem natureza absoluta<sup>559</sup>.

Isto quer dizer, nas palavras de Luís Pereira Coutinho, que o meio necessário será aquele “menos lesivo ou prejudicial possível” ao alcance de todos os direitos fundamentais em causa<sup>560</sup>. Assim, projeta-se a análise da necessidade para uma verificação de indispensabilidade do meio escolhido para o alcance da finalidade apostada, reconhecendo-se, no destaque de Jorge Reis Novais, que não se dispõe de outro meio “tão eficaz ou idôneo como aquele para atingir o fim”<sup>561</sup>.

---

557 Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, *op. cit.*, p. 34.

558 Cf. Acerca do princípio da indispensabilidade, cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, p. 171.

559 Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, *op. cit.*, p. 38.

560 Cf. LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Sobre a Justificação das restrições aos direitos fundamentais”, *op. cit.*, p. 570.

561 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, p. 171.

Nesta linha de raciocínio, na qual a medida exigível é aquela que, na visão de Willis Santiago Guerra Filho, venha a “causar o menor prejuízo possível”<sup>562</sup>, pode-se compreender que eventual prestação de direito social somente pode ser restringida se o meio utilizado para o alcance da finalidade almejada for absolutamente necessário, não havendo medida alternativa para o alcance do mesmo fim que se apresente menos onerosa para a concretização global dos direitos fundamentais<sup>563</sup>.

Com efeito, esta é uma análise afeta às possibilidades fáticas da equação de proporcionalidade, razão pela qual ainda não se deve proceder a conceitos gerais e ponderativos atinentes ao caráter proporcional da medida. Por este motivo, a análise da necessidade se dar entre a ação estatal anterior, que alcançava a concretização total ou parcial da norma de direito social, e a nova medida restritiva daquela prestação orientada para um determinada finalidade, buscando-se discernir se não haveria meio menos oneroso ou gravoso na implementação dos direitos antes garantidos.

Para além desta análise de necessidade dos atos que restringem direitos já prestados, que poderia aqui ser considerada na perspectiva da análise do excesso da restrição, deve-se considerar, agora, que a indispensabilidade como critério da proporcionalidade também deve ser analisada nos casos de proteção insuficiente, quando o Estado não está concretizando os direitos sociais ou mesmo quando esta concessão se apresenta de forma deficiente.

Aqui a questão não gira em torno de uma ação do Estado tendente a restringir um direito anteriormente conferido. Em verdade, na hipótese de insuficiência da prestação do direito social, há um direito fundamental a ser garantido, mas o Estado não o confere ou o faz de forma deficiente, ao ponto de descaracterizar a própria prestação que é indispensável ao indivíduo<sup>564</sup>.

---

562 Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, "Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais", *op. cit.*, p. 316.

563 Na visão de Catarina Santos Botelho, a relevância do alcance da medida menos onerosa consiste essencialmente na “Espada de Dâmocles do princípio da proporcionalidade”, razão pela qual sua análise precisa ser verdadeiramente exigente “na demonstração de inexistência de medidas alternativas menos lesivas para os cidadãos”, além da garantia de que eventuais restrições cessarão após o melhoramento do cenário econômico do Estado. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 465.

564 Cf. LAURA CLÉRICO, *op. cit.*, p. 345.

Este é o caso, por exemplo, das demandas judiciais acerca da concretização do direito social à saúde. Em geral, há um direito fundamental assegurado, mas não implementado, reivindicando o indivíduo a concretização do bem social para atender a sua necessidade, seja por ausência absoluta, seja pela reduzida concessão prestacional, o que caracteriza uma atuação insuficiente do Estado.

Em tais casos, não basta a simples argumentação de existência de um direito social, muito embora este reconhecimento atue como pressuposto da pretensão. No caso do exame do subprincípio da necessidade atinente à omissão do Estado, a apreciação judicial deverá examinar a indispensabilidade da medida (bem social) reivindicada como meio necessário para a concretização do direito social.

Como dito, não repousa nesta fase a análise da utilidade ou aptidão da medida, já que esta circunstância é condição *sine qua non* do subprincípio da adequação, o qual já deve ter sido superado. Assim, a associação que deve ser procedida é exatamente quanto à indispensabilidade do bem social para o alcance do direito, devendo ser comprovado que se trata do meio menos oneroso para o alcance do fim almejado com o menor impacto nos direitos fundamentais envolvidos, naturalmente restringidos pela expansão da norma em favor do indivíduo.

Reside nesta fase, de forma ainda mais objetiva, a análise dos custos envolvidos na concretização dos direitos sociais por omissão do Estado<sup>565</sup>, muito embora ainda não se deva proceder a análise numa perspectiva de proporcionalidade ponderativa em face dos direitos de terceiros, o que somente deve ser equacionado no enfrentamento do terceiro e último subprincípio. No momento, a definição da menor onerosidade da medida pleiteada deve residir objetivamente nos limites da otimização das possibilidades fáticas, o que consiste, nas palavras de Robert Alexy, “em evitar os custos que podem ser evitados”<sup>566</sup>.

---

565 Esclarece Jorge Miranda que através do exame da necessidade o meio escolhido *in abstracto* é reconhecido *in concreto* como aquele que melhor satisfaz a realização do fim, proporcionando “menos custos nuns casos” e “mais benefícios noutros”. Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, pp. 354/355.

566 Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 821.

Desta forma, a satisfação do subprincípio da necessidade no campo das omissões do Estado na concretização das normas de direitos sociais será alcançada com o reconhecimento da indispensabilidade da prestação para o alcance do direito social que é conferido, inexistindo, alternativamente, uma medida que se apresente tão idônea quanto a que fora requerida, porém menos onerosa para o alcance da finalidade<sup>567</sup>.

### 3.3. A proporcionalidade propriamente dita e a justiça na medida certa

Alcançada a terceira fase de enquadramento do princípio da proporcionalidade, de logo se tem como pressuposto que a medida questionada ou requerida, na forma de excesso ou insuficiência, respectivamente, já restou configurada como adequada e necessária, haja vista que eventual insubmissão a estes parâmetros importaria no afastamento imediato da pretensão, não chegando ao confronto específico quanto à sua proporção<sup>568</sup>.

Nesta última etapa, tradicionalmente denominada de “proporcionalidade propriamente dita”, o exame sai da esfera de análise objetiva das circunstâncias até aqui conduzida com base nas possibilidades fáticas. A partir de agora, adentra-se no âmago, como destaca Jorge Reis Novais, da relação estabelecida entre “duas grandezas variáveis e comparáveis”<sup>569</sup>. Assim, cumpre observar que a análise estrutural a ser realizada no terceiro subprincípio passa a enxergar o conflito numa dimensão diversa, referindo-se, na visão de Alexy, “à otimização quanto às possibilidades jurídicas existentes”<sup>570</sup>.

---

567 Cf. LAURA CLÉRICO, *op. cit.*, p. 348.

568 Em boa síntese, Luís Pereira Coutinho destaca que “qualquer meio restritivo só será legítimo quando proporcional, isto é, quando, cumulativamente, necessário e adequado”. Cf. LUÍS PEREIRA COUTINHO, “Sobre a Justificação das restrições aos direitos fundamentais”, *op. cit.*, pp. 560/561.

569 Embora Jorge Reis Novais aborde esta terceira fase como uma das etapas do princípio da proibição do excesso, sua compreensão acerca da “proporcionalidade em sentido próprio” bem demonstra a dimensão que deve ser enfocada na análise da proporcionalidade. Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, p. 178.

570 Cf. ROBERT ALEXY, “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, *op. cit.*, p. 819.

Com efeito, talvez seja este o nível de análise mais desafiador do princípio da proporcionalidade, muito embora as fases anteriores tenham seus alvos, métodos e objetivos próprios. De qualquer sorte, é precisamente nesta fase que será procedida a verificação do equilíbrio e proporção da medida, o que será alcançado, como aponta Willis Santiago Guerra Filho, “se as vantagens que trará superarem as desvantagens”<sup>571</sup>.

Em que pese a relevância das fases anteriores no discernimento do conflito normativo, é preponderantemente nesta terceira etapa do princípio da proporcionalidade que o operador do direito deverá traçar a ponderação entre os bens jurídicos carentes de realização<sup>572</sup>. Busca-se, portanto, como entende Virgílio Afonso da Silva, alcançar a justa medida da decisão através do sopesamento entre a “restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental”<sup>573</sup>.

Assim, especificamente no campo da apreciação judicial das normas de direitos sociais, o subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito requer uma análise ainda mais profunda e ampla do conflito, das normas colidentes e dos princípios constitucionais que influenciam a concretização das normas de direitos sociais. Nesta fase, como dito, procede-se a valoração das duas grandezas com vistas a alcançar o equilíbrio da decisão, verificando-se a gravidade da restrição e a intensidade das razões que a justificam<sup>574</sup>.

Neste particular, assim como foi percebido nos subprincípios anteriores, deve-se destacar a distinção das duas possibilidades de enfrentamento do princípio da proporcionalidade na concretização dos direitos sociais. É que, além dos casos em que a ação estatal promove uma restrição ou encerramento de direitos sociais já prestados e desfrutados pelo indivíduo, também merece e precisa ser alvo do princípio da proporcionalidade o conflito gerado pela omissão estatal, ou seja, pela insuficiente atuação do Estado no campo da concretização da norma.

---

571 Cf. WILLIS SANTIAGO GUERRA FILHO, “Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais”, *op. cit.*, p. 316.

572 Cf. LAURA CLÉRICO, *op. cit.*, p. 351.

573 Cf. VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA, “O proporcional e o razoável”, *op. cit.* p. 40.

574 Cf. JORGE REIS NOVAIS, *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*, *op. cit.*, p. 181.

Em relação ao primeiro cenário, talvez mais comum, sobretudo no campo dos direitos de liberdade, o subprincípio da proporcionalidade propriamente dita busca alcançar a real proporção entre os bens jurídicos conflitantes, ponderando-se a intensidade da restrição e a relevância das razões que a justificam. É o caso, por exemplo, do redirecionamento de forças estatais com vistas à proteção de bens sociais em detrimento de direitos já prestados que, pela nova política encampada, deixaram de ser contemplados pelo Estado.

Nestas circunstâncias, inexiste, por óbvio, modelos decisórios prontos fundados no binômio “permitido/proibido”. Não existe, em princípio, vedação ou obrigação específica quanto ao direito social que poderá/deverá ser prestado ou excluído. Contudo, a ponderação a nível da máxima da proporcionalidade nesta fase do princípio lançará mão das razões e contrarrazões utilizadas para a restrição do direito fundamental, buscando equilíbrio através da harmonização das diversas forças normativas colidentes<sup>575</sup>.

Da mesma forma, embora com outra perspectiva quanto à atitude do Estado, deve ser procedida a análise do subprincípio da proporcionalidade nas hipóteses de omissão do Estado na concretização de direito social ainda não prestado ou que é fornecido de forma insuficiente. Neste caso, antes mesmo de adentrar na busca pelo equilíbrio e proporção, deve ser reconhecido que não dispõe a tutela judicial de um padrão de concretização anterior, seja porque simplesmente não havia atuação do Estado, seja porque esta prestação era ofertada em quantidade inferior.

Por mais que esta constatação não exclua a legitimidade da tutela judicial para atuar na concretização da norma de direito social, é de se reconhecer que a ausência anterior de um paradigma à altura da pretensão do indivíduo exclui do sopesamento das razões um critério relevante que o primeiro cenário dispõe, consistente no conhecimento da prestação anterior e a necessidade de o Estado justificar a descontinuidade da medida.

Diante deste segundo cenário, a busca pelo equilíbrio e proporção da decisão deve ser conduzida com o recurso a outros elementos, a fim de que a apreciação judicial seja pautada de forma técnica e científica. Para tanto, o recurso ao subprincípio da proporcionalidade em sentido estrito deve ser norteado, também, pelos princípios

---

575 Nas palavras de Laura Clárico, “*el centro de este examen está dado por la relación de peso de los argumentos que hablan a favor y en contra de la restricción al derecho*”. Cf. LAURA CLÁRICO, *op. cit.*, p. 352.



constitucionais da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proteção da confiança<sup>576</sup>.

Para melhor compreensão, considere-se a hipótese de uma demanda judicial no campo do direito social à saúde com vistas à obrigatoriedade de o Estado fornecer um determinado tratamento médico ainda não disponibilizado pela estrutura estatal. Ao serem ultrapassados os subprincípios da adequação e da necessidade, depara-se o julgador com o conflito entre relevantes bens jurídicos. Cabe à tutela judicial, assim, discernir acerca da intensidade da restrição causada pela falta de acesso ao direito individual e a relevância do direito ou bem jurídico coletivo que pode ser restringido<sup>577</sup>.

De um lado, a pretensão do indivíduo ancorada no direito fundamental à saúde, reconhecendo-se que a norma deveria ter aplicabilidade plena e imediata, sobretudo pela gravidade da patologia que reclama a intervenção médica ainda não custeada pelo Estado. Por outro, a resistência estatal baseada na ausência de cobertura jurídica da pretensão no conjunto das políticas públicas desenvolvidas, justificando-se a restrição pelas limitações da reserva do financeiramente possível, inclusive pela impossibilidade de oferecer a cobertura a todos os indivíduos em igualdade de condições.

Para além de algumas questões específicas em um ou outro caso<sup>578</sup>, é possível considerar que, via de regra, as razões e contrarrazões giram em torno das questões postas acima, exigindo da tutela judicial uma metodologia ponderativa capaz de discernir a intensidade das restrições e a relevância das pretensões na concretização das normas de direitos sociais<sup>579</sup>. Com este propósito, além dos critérios e dos argumentos específicos do indivíduo e do Estado, a equidade como padrão de justiça do caso concreto<sup>580</sup> dependerá do recurso aos princípios constitucionais estruturantes, em especial a dignidade da pessoa

---

576 Sobre cada um dos princípios em referência e sua relação com a concretização das normas de direitos sociais, vide Capítulo III, do Título II, *supra*.

577 Acerca do exame da proporcionalidade em sentido estrito nos casos de omissão estatal, *cf.* LAURA CLÉRICO, *op. cit.*, p. 360.

578 Numa análise ampla dos argumentos apresentados pelo indivíduo e o Estado, é oportuno o registro do julgamento do Supremo Tribunal Federal do Brasil nos autos do pedido de suspensão de tutela antecipada – STA 175. Disponível em <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticianoticiastf/anexo/sta175.pdf>, consulta feita em 19 de junho de 2017.

579 Acerca da aplicação da lei da ponderação, *cf.* LAURA CLÉRICO, *op. cit.*, p. 354.

580 *Cf.* GUSTAV RADBRUCH, *op. cit.*, p. 91.

humana, a igualdade e a proteção da confiança.

Por esta razão, supondo que a ponderação do caso concreto com base nas razões e contrarrazões advindas não forneça elementos suficientes para o alcance de uma decisão equilibrada e proporcional, o princípio da dignidade da pessoa humana permite à tutela judicial discernir o indispensável à existência digna do indivíduo<sup>581</sup>. Embora não seja este um conceito de fácil esclarecimento, até porque diverge em função da própria realidade social de cada nação, a violação à dignidade da pessoa humana, sobretudo no campo da concretização dos direitos sociais, é um fenômeno passível de ser identificado, contribuindo para o sopesamento dos valores postos na apreciação judicial<sup>582</sup>.

Adicionalmente, sendo reconhecida a pretensão individual como indispensável para a existência digna do indivíduo, deve a tutela judicial avançar para um outro parâmetro, o qual se encontra fundado no princípio da igualdade, cuja irradiação se encontra na base do pensamento que alicerçou a construção dos direitos sociais<sup>583</sup>. Neste particular, a questão a ser ponderada diz respeito à preservação da própria igualdade, na medida em que a prestação estatal em favor de um indivíduo não pode significar privilégio, tampouco ser a causa de restrições em desfavor dos demais.

---

581 Acerca do conteúdo mínimo da norma de direito social, vide item 4, do capítulo II, do Título II, supra. Acrescente-se, ainda, a conclusão de Paulo Otero, para quem a dignidade da pessoa humana “é o dogma de confluência da consciência jurídica universal, identificando-se com o sentido último de um Direito justo”. Trata-se, assim, ainda segundo o autor, de um “valor cimeiro” para todo o ordenamento jurídico, fundando toda a ordem constitucional. Cf. PAULO OTERO, *Instituições Políticas e Constitucionais*, op. cit., p. 561.

582 Como apontado por Ingo Wolfgang Sarlet, o Tribunal Constitucional Federal Alemão, em 11/05/2017, proferiu relevante decisão no âmbito de aplicação das normas de direitos sociais. Segundo o autor, o Tribunal alemão reconheceu que o “direito subjetivo originário a prestações na área da saúde”, por aplicação direta da Constituição, seria excepcional, legitimando-se apenas quando o caso revelasse uma “situação de grave risco para a vida humana e quando inexistir no catálogo de procedimentos e tratamentos do seguro público de saúde uma alternativa compatível”. Seria, segundo Ingo Wolfgang Sarlet, “um efetivo estado de necessidade”. Cf. INGO WOLFGANG SARLET, “Direitos sociais como direitos subjetivos: a nova decisão da corte alemã”. Disponível no site <http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema> em consulta realizada em 19 de junho de 2017.

583 Vide item “3”, capítulo II, Título I supra.

Esta, aliás, tem sido a observação de Jorge Miranda, para quem seria desproporcional a ação do Estado na proteção excessiva de interesses constitucionais que signifique “verdadeiro privilégio” a uma pessoa ou categoria<sup>584</sup>. Por esta razão, o princípio da igualdade no cotejo da proporcionalidade atua como verdadeira “balança” no sopesamento dos direitos sociais<sup>585</sup>, na medida em que tanto evita o excesso (da pretensão) quanto impõe o suprimento do défice (da necessidade), evitando que uns e outros tenham injustificadamente tratamento conferido pelo Estado<sup>586</sup>.

Por fim, ainda seguindo a mesma busca pelo alcance da “justa medida” na proteção em caso de ação/omissão excessiva ou insuficiente do Estado na concretização da norma de direito social, deve-se recorrer ao princípio da proteção da confiança. Este novo parâmetro busca, racionalmente, discernir se o bem social reivindicado pelo indivíduo encontra-se no âmbito das expectativas reais de materialização pelo Estado.

Neste ponto, a análise se reporta para além o aspecto axiológico do princípio, sobressaindo-se exatamente na avaliação da realidade. Com este enfoque, proporciona ao julgador uma avaliação contextualizada da realidade, ponderando, diante do cenário socioeconômico, se a pretensão do indivíduo tem, de fato, amparo no conjunto de medidas que, racionalmente, aguarda-se do Estado.

Como se observa, embora o conflito normativo na concretização dos direitos sociais desencadeie uma vasta gama de normas e princípios, há possibilidade de fixação de parâmetros, sobretudo ao se recorrer ao princípio da proporcionalidade. Neste sentido, após a confirmação objetiva da adequação e necessidade do bem reclamado, a análise do

---

584 Cf. JORGE MIRANDA, *Manual de Direito Constitucional, Tomo IV, op. cit.*, p. 361.

585 Catarina Santos Botelho destaca a estreita ligação da proporcionalidade com o princípio da igualdade, em especial no “domínio dos direitos sociais”. Cf. CATARINA SANTOS BOTELHO, *Os Direitos Sociais...*, *op. cit.*, p. 463.

586 Na perspectiva de uma igualdade proporcional, é bastante elucidativo o julgamento do acórdão 353/2012, do Tribunal Constitucional português, quando então foram declaradas inconstitucionais as normas contidas nos artigos 21º e 25º, da Lei 62-B/2011. Naquela altura, em meio ao que ficou conhecido em Portugal como “jurisprudência da crise”, referidas normas disciplinavam a suspensão do pagamento dos subsídios de férias e de natal ou quaisquer prestações correspondentes ao 13º e, ou, 14º meses a todos que auferissem remunerações salariais de entidades públicas. Ao comentar a decisão, Jorge Miranda reconheceu que “o Tribunal Constitucional declarou a inconstitucionalidade das medidas constantes da lei orçamental para 2012, sobretudo por entender que elas ofendiam o princípio da igualdade enquanto igualdade proporcional”. Cf. JORGE MIRANDA, “O Tribunal Constitucional em 2012”, in *O Direito*, Direção Jorge Miranda, pp. 341/378, Coimbra, Almedina, Ano 145, 2013 – I/II, p. 362.

subprincípio da proporcionalidade propriamente dita oferece a possibilidade de depuração dos diversos influxos normativos que incidem sobre a questão, conferindo o alcance de uma decisão fundamentada nos princípios constitucionais estruturantes.

## Conclusão

Após todo o percurso percorrido com o propósito de compreender a natureza e aplicação das normas de direitos sociais, sobretudo sua perspectiva à luz da tutela judicial, algumas conclusões foram alcançadas, muito embora, como ressaltado sempre oportunamente, várias questões sejam extremamente debatidas, dificultando um consenso na sua definição.

1. Inicialmente, a análise evolutiva do Estado na perspectiva dos direitos sociais revelou que o surgimento e desenvolvimento do Estado de Direito trilhou um caminho contínuo, agregando, sobretudo, valores e demandas que passaram a ser reflexos e necessidades estampadas pela materialização da dignidade da pessoa humana. Por esta razão, já não eram mais suficientes os direitos de liberdade alcançados com o início do Estado Liberal, surgindo, assim, uma forte demanda por direitos sociais, os quais, em conjunto, passaram a integrar a própria finalidade do Estado Social que protege os direitos fundamentais.

2. Neste campo, compreendeu-se que as normas de direitos sociais tem natureza jusfundamental, em especial por atuarem na promoção de bens indispensáveis à digna condição humana. Como concretização do princípio da dignidade da pessoa humana, os direitos sociais proporcionam uma condição mínima de igualdade material capaz de permitir ao indivíduo desfrutar de seus direitos de liberdade, razão pela qual estes direitos atuam numa estreita relação de complementariedade.

3. Em face desta percepção, tem-se que as normas de direitos sociais são plenamente aplicáveis, ainda que positivadas diretamente pela Constituição, configurando verdadeiro direito subjetivo do indivíduo. Esta conclusão, aliás, deriva da própria natureza das respectivas normas, já que seu caráter jusfundamental não permite que as normas tenham simples natureza programática. De qualquer sorte, face à sistemática dos direitos fundamentais, como direitos subjetivos *prima facie*, a aplicabilidade imediata das normas não significa um caráter absoluto, já que devem ser ponderadas na hipótese de colisão normativa.

4. Esta constante colisão das normas de direitos fundamentais é ainda mais sentida no campo de aplicação das normas de direitos sociais em razão dos custos inerentes a sua promoção. Embora o trabalho reconheça desde o princípio que a atuação do Estado é, por si só, carente de investimentos, independente da categoria de direitos fundamentais que esteja em aplicação, o certo é que as limitações financeiras do orçamento público acabam por ser sentidas de forma mais intensa no campo de aplicação dos direitos sociais, sendo necessária, assim, uma compreensão racional da ação estatal sob a reserva do financeiramente possível.

5. De qualquer sorte, apesar da necessidade de investimentos para a garantia dos direitos sociais e a consequente repercussão das limitações financeiras, é inseparável da novel noção de Estado de Direito Democrático a existência de instituições que façam valer a proteção dos direitos fundamentais. Torna-se, portanto, imprescindível a atuação do Poder Judiciário/Justiça Constitucional como órgão de controle de constitucionalidade das normas independente de se tratarem de direitos de liberdade ou sociais.

6. Para tanto, ou seja, na busca pela solução do conflito normativo constitucional, compreende-se ser esta uma realidade inevitável do sistema normativo fundado em princípios, requerendo, outrossim, uma análise criteriosa da real colisão das normas em conflito. Identificadas as normas em colisão, sobressai a ponderação como método de solução dos conflitos envolvendo os princípios constitucionais, na medida em que a avaliação do caso concreto exige uma análise da intensidade da restrição e o grau de satisfação do bem jurídico buscado.

7. Neste universo constitucional repleto de conflitos normativos, com normas que se expandem o máximo possível, restou reconhecida a necessidade de se recorrer à análise dos princípios da dignidade da pessoa humana, da igualdade e da proteção da confiança, os quais atuam como parâmetros definidores na concretização das normas de direitos sociais pela tutela judicial.

8. Por fim, concluiu-se que o recurso ao princípio da proporcionalidade se apresenta como o instrumento mais adequado para a abordagem e definição dos conflitos normativos, em especial no caso em estudo, quando se pretende alcançar critérios para a

aplicação das normas de direitos sociais. Neste sentido, recorrendo-se aos subprincípios da adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito é possível ponderar as diversas normas em conflito, alcançando-se uma decisão que aplique a norma de direito social na medida certa.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABBOUD, Georges. *Processo constitucional brasileiro*. São Paulo. Revista dos Tribunais. 2016.

ALEXANDRINO, José de Melo. *A estruturação do sistema de direitos, liberdades e garantias na Constituição Portuguesa*, Vol. II. Coimbra. Almedina. 2006.

\_\_\_\_\_. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. 2ª edição. Cascais. Princípia. 2011.

ALEXY, Robert, *Constitucionalismo Discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 2ª ed. rev. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2008.

\_\_\_\_\_. “Direitos Fundamentais e princípio da proporcionalidade”, in *O Direito*. Direção Jorge Miranda. Ano 146º, pp. 817/834. Coimbra. Almedina. 2014 – IV.

\_\_\_\_\_. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução de Virgílio Afonso da Silva da 5ª edição alemã “*Theorie der Grundrechte*” publicada pela Suhrkamp Verlag (2006). 2ª edição. 3ª reimpressão. São Paulo. Malheiros. 2014.

ALMEIDA, Luiz Antonio Freitas de. *Direitos Fundamentais Sociais e Ponderação: Ativismo irrefletido e controle jurídico racional*. Porto Alegre. Sérgio Antonio Fabris Ed. 2014.

AMARAL, Diogo Freitas do. “A Comparação das grandes monarquias nacionais (França e Inglaterra), no sec. XV, por Sir John Fortescue”, in *Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles*. Vol. I, pp. 21/25. Coimbra. Almedina. 2012.

AMARAL, Maria Lúcia do, “Acesso de particulares à jurisdição constitucional”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. II, pp. 699/723. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.

\_\_\_\_\_. “Competências complementares do Tribunal Constitucional português”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho. Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*. Vol. II, pp. 43/55. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.



ANDERSON, Perry. *Linhagens do Estado Absolutista*: tradução de Telma Costa. Edições Afrontamento. Porto. 1984.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. 5ª edição. Coimbra. Almedina. 2016.

ARANGO, Rodolfo. “Direitos Fundamentais sociais, justiça constitucional e democracia”. Disponível em [http://www.amprs.org.br/arquivos/revista\\_artigo/arquivo\\_1273603264.pdf](http://www.amprs.org.br/arquivos/revista_artigo/arquivo_1273603264.pdf). Consulta realizada em 31 de agosto de 2017.

ÁVILA, Humberto. *Teoria dos Princípios. Da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 4ª edição. 3ª Tiragem. São Paulo. Malheiros. 2015.

BACHOFF, Otto. *Jueces y Constitución*. 1ª edição (trad. do original publicado em 1959 pela cada editorial J.C.B. Mohr). Madrid. Editorial Civitas S.A. 1985.

\_\_\_\_\_. *Normas Constitucionais Inconstitucionais*. Tradução do original alemão de 1951 feita por José Manuel M. Cardoso da Costa. Coimbra. Atlântida. 1977.

BARROSO, Luís Roberto. “A doutrina brasileira da efetividade”, in *Constituição e Democracia – Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gerson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê, pp. 435/448. São Paulo. Malheiros. 2006.

\_\_\_\_\_. *Curso de Direito Constitucional Contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. 5ª edição. São Paulo. Saraiva. 2015.

\_\_\_\_\_. “Democracia, Constituição e Supremacia Judicial: Direito e Política no debate contemporâneo”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, pp. 425/452. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.

\_\_\_\_\_. *O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência*. 7ª ed. rev. e atualizada. São Paulo. Saraiva. 2016.

BICKEL, Alexander Mordecai. *The Least Dangerous Branch: The Supreme Court at the Bar of Politics*. Indianápolis. New York. The Bobbs-Merrill company, INC. A subsidiary of Howard W. Sams & Co., INC. 1962

BILCHITZ, David. *Poverty and fundamental rights: the justification and enforcement of socio-economic rights*. Oxford. University Press. 2007.

BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. 30ª edição. São Paulo. Malheiros. 2015.

\_\_\_\_\_. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 11ª edição. 2ª Tiragem. São Paulo. Malheiros. 2013.

BONAVIDES, Paulo; ANDRADE, Paes de. *História Constitucional do Brasil*. 4ª edição. Brasília. OAB Editora. 2002.

BOTELHO, Catarina Santos. *A tutela directa dos direitos fundamentais: avanços e recuos na dinâmica garantística das justiças constitucional, administrativa e Internacional*. Coimbra. Almedina. 2010.

\_\_\_\_\_. *Os direitos sociais em tempos de crise*. Coimbra. Almedina. 2015.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Julço de ponderação na jurisdição constitucional*. São Paulo. Saraiva. 2009.

CAMBI, Eduardo. *Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo: direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário*. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2009.

CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo. Saraiva/Almedina. 2013.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7ª edição. 17ª reimp. Almedina. 2003.

CANOTILHO, Gomes Canotilho. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. Almedina. Coimbra. 1997.

\_\_\_\_\_ “Metologia fuzzy e camaleões normativos na problemática actual dos direitos económicos, sociais e culturais”, in *Estudos sobre direitos fundamentais*, pp. 97/114, Coimbra. Coimbra Editora. 2004.

\_\_\_\_\_ “O círculo e a linha – Da 'Liberdade dos Antigos' à liberdade dos modernos na teoria republicana dos direitos fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 177/190. São Paulo. Quartier Latin. 2008.

CAPPELLETTI, Mauro. *O Controle judicial de constitucionalidade das leis no direitos comparado*. Tradução de Aroldo Plínio Gonçalves. Porto Alegre. Fabris. 1984.

CLÉRICO, Laura. *El examen de proporcionalidad em el derecho constitucional*. 1ª edição. Buenos Aires. Universidad de Buenos Aires. 2009.

CONSTANT, Benjamin. *A liberdade dos antigos comparada à dos modernos*; organização, estudo introdutório e tradução de Emerson Garcia. (Coleção clássicos do direito; v. 3). São Paulo. Atlas. 2015.

COUTINHO, Luís Pereira, “Os direitos sociais como compromissos”, in *Revista eletrônica de Direito Público*. Vol. I, pp. 86/98. Nº 3. Universidade de Lisboa. Lisboa. 2014.

\_\_\_\_\_ “Sobre a Justificação das restrições aos direitos fundamentais”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. I, pp. 557/574. Coimbra. Coimbra Editora. 2010.

DALLARI, Dalmo de Abreu. “A Hora do Judiciário”, in *Revista da Escola Nacional da Magistratura*, pp. 10/16. Ano I. Nº 01. Brasília. Escola Nacional da Magistratura. 2006.

DUARTE, David. *A Norma de legalidade procedimental administrativa. A teoria da norma e a criação de normas de decisão na discricionariade instrutória*. Coimbra. Almedina. 2006.

\_\_\_\_\_ “Drawing Up the Boundaries of Normative Conflicts that Lead to Balances”, in *Legal Reasoning: The Methods os Balancing*, pp. 51/62. ARSP Beiheft Nr 124. Stuttgart. Franz Steiner Verlag Stuttgart. 2010.

DUARTE, Maria Luísa, “O Modelo Europeu de Proteção dos Direitos Fundamentais – Dualidade e Convergência”, in *Revista de Estudos Europeus*, pp. 31/42. Ano I. Nº 1, jan/jun. Coimbra. Almedina. 2007.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério*. Tradução de Nelson Boeira. São Paulo. Martins Fontes. 2002.

FERREIRA, Waldemar Martins. *História do Direito Constitucional Brasileiro*. São Paulo. Max Limonad Editor. 1954.

FREITAS, Tiago Fidalgo de, “O princípio da proibição do retrocesso social”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano*. Vol. II, pp. 783/850. Coimbra Editora. Coimbra. 2006.

GARCIA, Emerson. *Conflito entre normas constitucionais: esboço de uma teoria geral*. 2ª edição. São Paulo. Saraiva. 2015.

\_\_\_\_\_ *Interpretação Constitucional*. São Paulo. Atlas. 2015.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. “Dignidade humana, princípio da proporcionalidade e teoria dos direitos fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 305/319. 2ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo. Quartier Latin. 2009.

\_\_\_\_\_ “Poder Judiciário, hermenêutica constitucional e princípio da proporcionalidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*. Vol. III, pp. 895/909. Coimbra Editora. Coimbra. 2012.

HART, H. L. A. *O Conceito de Direito*. 1ª edição. São Paulo. Martins Fontes. 2012.

HAMILTON, Alexander. *O Federalista*, por Alexander Hamilton, James Madison e John Jay. Trad. De Heitor Almeida Herrera. Brasília. Editora Universidade de Brasília. 1984.

HESSE, Konrad. *A força normativa da Constituição (Die normative Kraft der Verfassung)*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Sérgio Antonio Fabris Editor. Porto Alegre. 1991.

\_\_\_\_\_. *Temas Fundamentais de Direito Constitucional*. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos Almeida, Gilmar Ferreira Mendes e Inocêncio Mártires Coelho. São Paulo. Saraiva. 2009.

HOLMES, Stephen & Cass R. Sunstein. *The Cost of Rights: why liberty depends on taxes*. New York – London. W.W. Norton & Company. 1999.

HOMEM, António Pedro Barbas. “História do Pensamento Jurídico: Considerações Metodológicas”, in *História do Pensamento Jurídico em Perspectiva*. Coord. Cláudio Brandão, Nelson Saldanha e Ricardo Freitas, pp. 18/55. São Paulo. Atlas. 2012.

KANT, Immanuel. *Fundamentação da Metafísica dos Costumes*. Tradução de Paulo Quintela. Lisboa. Edições 70. 1995.

KELSEN, Hans. *Jurisdição constitucional*. Introdução e revisão técnica: Sérgio Sérvulo da Cunha. 1ª edição. São Paulo. Martins Fontes. 2003.

\_\_\_\_\_, *Teoria Pura do Direito*. 8ª edição. 5ª tiragem. São Paulo. Martins Fontes. 2015.

LEWANDOWSKI, Enrique Ricardo. “A formação da doutrina dos direitos fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 393/400. 2ª ed. atualizada e ampliada. São Paulo. Quartier Latin. 2009.

LOCKE, John. *Dois Tratados do Governo Civil*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa. Edições 70. 2012.

MACHADO, João Baptista. *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*. 13ª reimp. Coimbra. Almedina. 2002.

MACIEL, Adhemar Ferreira. *O Bill of Rights americano: reflexos no direito constitucional brasileiro*. Belo Horizonte. Del Rey. 2016.

MARTINS. Leonardo. *Cinqüenta Anos de Jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal Alemão*. Coletânea original: Jürgen Schwabe. Organização e introdução Leonardo Martins. 2005.

MEDEIROS, Rui. “Direitos, liberdades e garantias e direitos sociais: entre a unidade e a diversidade”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia*. Vol. I, pp. 657/683. Coimbra. Coimbra Editora. 2010.

MENDES, Gilmar Ferreira. *Curso de Direito Constitucional* / Gilmar Ferreira Mendes e Paulo Gustavo Gonet Branco. 10ª ed. rev. e atual. São Paulo. Saraiva. 2015.

\_\_\_\_\_, *Estado de Direito e Jurisdição Constitucional – 2002-2010*. 1ª edição. 2ª tiragem. São Paulo. Saraiva. 2011.

MIRANDA, Jorge. “A dignidade da pessoa humana e a unidade valorativa do sistema de direitos fundamentais”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 167/176. 2ª ed. atual. e ampliada. São Paulo. Quartier Latin. 2009.

\_\_\_\_\_ “A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais nas Constituições de Portugal e do Brasil”, in *Liber Amicorum em Homenagem ao Prof. Doutor João Mota de Campos*. Coord. Antonio Pinto Pereira, Henrique Sousa Antunes, Manuel de Almeida Ribeiro e Sofia Oliveira Pais, pp. 503/520. 1ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2013.

\_\_\_\_\_ *Contributo para uma Teoria da Inconstitucionalidade*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. 1968.

\_\_\_\_\_ “Estado Social, crise econômica e Jurisdição Constitucional”, in *Revista da Faculdade de Direitos da Universidade de Lisboa*. Vol. LV, pp. 375/403. Nº 1 e 2. Separata. Coimbra. Coimbra Editora. 2014.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito Constitucional. O Estado e os sistemas constitucionais*. Tomo I, 1. 10ª ed. rev. e actualiz. Coimbra. Coimbra Editora. 2014.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito Constitucional*. Tomo IV. 6ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2015.

\_\_\_\_\_ “O Tribunal Constitucional em 2012”, in *O Direito*. Direção: Jorge Miranda, pp. 341/378. Ano 145. Coimbra. Almedina. 2013 – I/II.

\_\_\_\_\_ “Sobre o Princípio da Igualdade”, in *Democracia e Direitos Fundamentais, uma homenagem aos 90 anos do professor Paulo Bonavides* / organização Emanuel Andrade Linhares, Hugo de Brito Machado Segundo; Alcimor Rocha Neto... (et al.), pp. 423/451. 1ª. Edição. São Paulo. Atlas. 2016.

\_\_\_\_\_ *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra. Coimbra Editora. 2002.

MIRANDOLA, Giovanni Pico Della. *Discurso sobre a dignidade do homem*. Edição Bilingue. Tradução de Maria de Lurdes Sirgado Ganho. Textos Filosóficos. Edições 70. 1989.

MONTESQUIEU. *Do Espírito das Leis*. Tradução de Miguel Morgado. Lisboa. Edições 70. 2015.

MORAIS, Carlos Blanco de. *Curso de Direito Constitucional: teoria da Constituição em tempo de crise do Estado Social*. T. 2, 2º v. 1ª edição. Coimbra. Coimbra editora. 2014.

\_\_\_\_\_ “Direitos sociais e controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro: activismo judicial momentâneo ou um novo paradigma?”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III, pp. 579/613. Coimbra : Coimbra Editora. 2012.

\_\_\_\_\_ *Manual de Legística: critérios científicos e técnicos para legislar melhor*. Editora Verbo. 2007.

NABAIS, José Casalta. “A face oculta dos direitos fundamentais: os deveres e os custos dos direitos”, in *Estudos em homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, pp. 737/767. Coimbra. Coimbra Editora. 2003.

\_\_\_\_\_ “Algumas reflexões críticas sobre os direitos fundamentais”, in *Revista de Direito Público da Economia – RDPE*, pp. 61/95. Ano 6. Nº 22, abril/junho. Belo Horizonte. Fórum. 2008.

\_\_\_\_\_ “Da sustentabilidade ao estado fiscal”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. IV, pp. 421/448. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.

NOVAIS, Jorge Reis. *A Dignidade da Pessoa Humana*. Vol. 1. Dignidade e Direitos Fundamentais. Coimbra. Almedina. 2015.

\_\_\_\_\_ *As Restrições aos Direitos Fundamentais não Expressamente Autorizadas pela Constituição*. 2ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2010.

\_\_\_\_\_ *Contributo para uma Teoria do Estado de Direito*. Coimbra. Almedina. 2013.

\_\_\_\_\_ *Direitos Fundamentais e Justiça Constitucional em Estado de Direito Democrático*. 1ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.

\_\_\_\_\_ *Direitos Sociais. Teoria Jurídica dos Direitos Sociais enquanto Direitos Fundamentais*. 2ª edição. Lisboa. AAFDL Editora. 2017.

\_\_\_\_\_ *Em Defesa do Tribunal Constitucional*. Coimbra. Almedina. 2014.

\_\_\_\_\_ *Os princípios constitucionais estruturantes da República Portuguesa*. 1ª edição. Coimbra. Coimbra Editora. 2014.

\_\_\_\_\_ “Os princípios constitucionais na crise”, in *Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Estado de Direito, Direitos Fundamentais e Combate à Corrupção na Interface Portugal-Brasil*, pp. 22/29. Brasília. 2015.

OTERO, Paulo. *Instituições Políticas e Constitucionais*. Vol. I. Coimbra. Almedina. 2007.

\_\_\_\_\_ *Manual de Direito Administrativo*. Vol. 1. Reimp. Coimbra. Almedina. 2014.

PEREZ LUÑO, Antonio-Enrique. *Los Derechos Fundamentales*. 8ª edição. Madrid. Tecnos. 2004.

PIOVESAN, Flávia. “Dignidade humana e a proteção dos direitos sociais nos planos global, regional e local”, in *Tratado Luso-Brasileiro da Dignidade Humana*. Coord. Jorge Miranda e Marco Antonio Marques da Silva, pp. 401/416. 2ª ed. atual. e ampliada. São Paulo. Quartier Latin. 2009.

PULIDO, Carlos Bernal. *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionais. 2005.

QUADROS, Fausto de. “A influência da Lei Fundamental de Bona na Constituição Portuguesa”, in *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. II, pp. 587/603. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.



QUEIROZ, Cristina. *Direitos Fundamentais Sociais*. Coimbra. Coimbra Editora. 2006.

RADBRUCH, Gustav, “Cinco minutos de Filosofia do direito” - Apêndice II, in *Filosofia do Direito*. Tradução e prefácios do Prof. L. Cabral de Moncada. 6ª edição. Armenio Amado Editor. Coimbra. 1979.

RAWLS, John. *Uma Teoria da Justiça*: tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. 1ª. Edição. 2ª tiragem. São Paulo. Martins Fontes. 2000.

ROCHA, Fernando Luiz Ximenes. “Norberto Bobbio e os Direitos Humanos”, in *Política e Direito em Norberto Bobbio: Luzes a liberdade, a igualdade, a democracia e a república*. Coord. Filomeno Moraes, pp. 131/149. Florianópolis. Conceito Editorial. 2014.

RUIZ, Ramón, “La ponderación en la resolución de colisiones de derechos fundamentales. especial referencia a la jurisprudencia constitucional española”, in *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, pp. 53/77, N° 10. 2006/2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 12ª. ed. rev. atual e ampliada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015.

\_\_\_\_\_ “Breves notas sobre o regime jurídico-constitucional dos direitos sociais na condição de direitos fundamentais, com ênfase na 'aplicabilidade imediata' das normas de direitos fundamentais e na sua articulação com o assim chamado mínimo existencial”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III, pp. 881/914. Coimbra Editora. Coimbra. 2012.

\_\_\_\_\_ “Comentário ao artigo 6º”, in CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; STRECK, Lenio L. \_\_\_\_\_ (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo. Saraiva/Almedina. 2013 .

\_\_\_\_\_ *Dignidade (da Pessoa) Humana e Direitos Fundamentais na Constituição de 1988*. 10ª ed. rev. atual. e ampliada. Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora. 2015.

\_\_\_\_\_ “Direitos sociais como direitos subjetivos: a nova decisão da corte alemã”. Disponível no site <http://www.conjur.com.br/2017-jun-02/direito-fundamentais-direitos-sociais-subjetivos-anova-decisao-corte-alema>. Consulta realizada em 19 de junho de 2017.

\_\_\_\_\_ “Os Direitos Fundamentais Sociais na Constituição Federal de 1988: Resistências à sua Eficácia e Efetividade”, in *20 anos da Constituição cidadã de 1988: efetivação ou impasse institucional?*/ Organizador José Ribas Vieira, pp. 291/318. Rio de Janeiro. Forense. 2008.

\_\_\_\_\_ “Proibição de retrocesso, dignidade da pessoa humana e direitos sociais: manifestação de um constitucionalismo dirigente possível”, in *Constituição e Democracia – Estudos em homenagem ao Prof. J. J. Canotilho*. Coord. Paulo Bonavides, Francisco Gérson Marques de Lima e Fayga Silveira Bedê, pp. 291/335. São Paulo. Malheiros. 2006.

SARMENTO, Daniel. *A Proteção Judicial dos Direitos Sociais: Alguns Parâmetros Ético-Jurídicos*. Disponível em: <http://docplayer.com.br/6826359-A-protecao-judicial-dos-direitos-sociais-alguns-parametros-etico-juridicos-1.html>. Acesso em 31/08/2017.

SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Alianza Editorial. 1ª edición – 1982. 2ª reimpresión. Madrid. 1996.

SEGADO, Francisco Fernandez. *La búsqueda de una nueva tipología explicativa de los sistemas de justicia constitucional*. Separata. Revista de las Cortes Generales, Tercer cuatrimestre. 2011. 84.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 25ª edição. São Paulo. Malheiros. 2005.

SILVA, Jorge Pereira. *Deveres do Estado de Proteção de Direitos Fundamentais: fundamentação e estrutura das relações jusfundamentais triangulares*. Lisboa. Universidade Católica Editora. 2015.

\_\_\_\_\_ “Interdição de proteção insuficiente, proporcionalidade e conteúdo essencial”, in *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, Vol. II, pp. 185/210. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.

SILVA, Virgílio Afonso da. “Direitos fundamentais e liberdade legislativa: o papel dos princípios formais”, in *Estudos em homenagem ao prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*. Vol. III, pp. 915/938. Coimbra. Coimbra Editora. 2012.

\_\_\_\_\_ “O proporcional e o razoável, in *Revista dos Tribunais* 798, pp. 23/50. 2002.

STRECK, Lênio Luiz. *Jurisdição Constitucional e Decisão Jurídica*. 4ª edição. São Paulo. Editora Revista dos Tribunais. 2014.

TRUYOL Y SERRA, António. *História da Filosofia do Direito e do Estado*. 7ª edição. Tradução portuguesa de Henrique Barrilaro Ruas. Madrid. Alianza Editorial, S.A. 1982.

VIDEIRA, Susana Antas. *Liberalismo e Questão Social em Portugal no Século XIX: Contributo para a História dos Direitos Sociais*. Lisboa. AAFDL. 2016.

WALDRON, Jeremy. *The Core of the Case Against Judicial Review*. The Yale Law Journal. 2006.